

Jürgen Sonnenschein

Der maßgebende Zeitpunkt
für die Auslegung des Rechtsgeschäfts

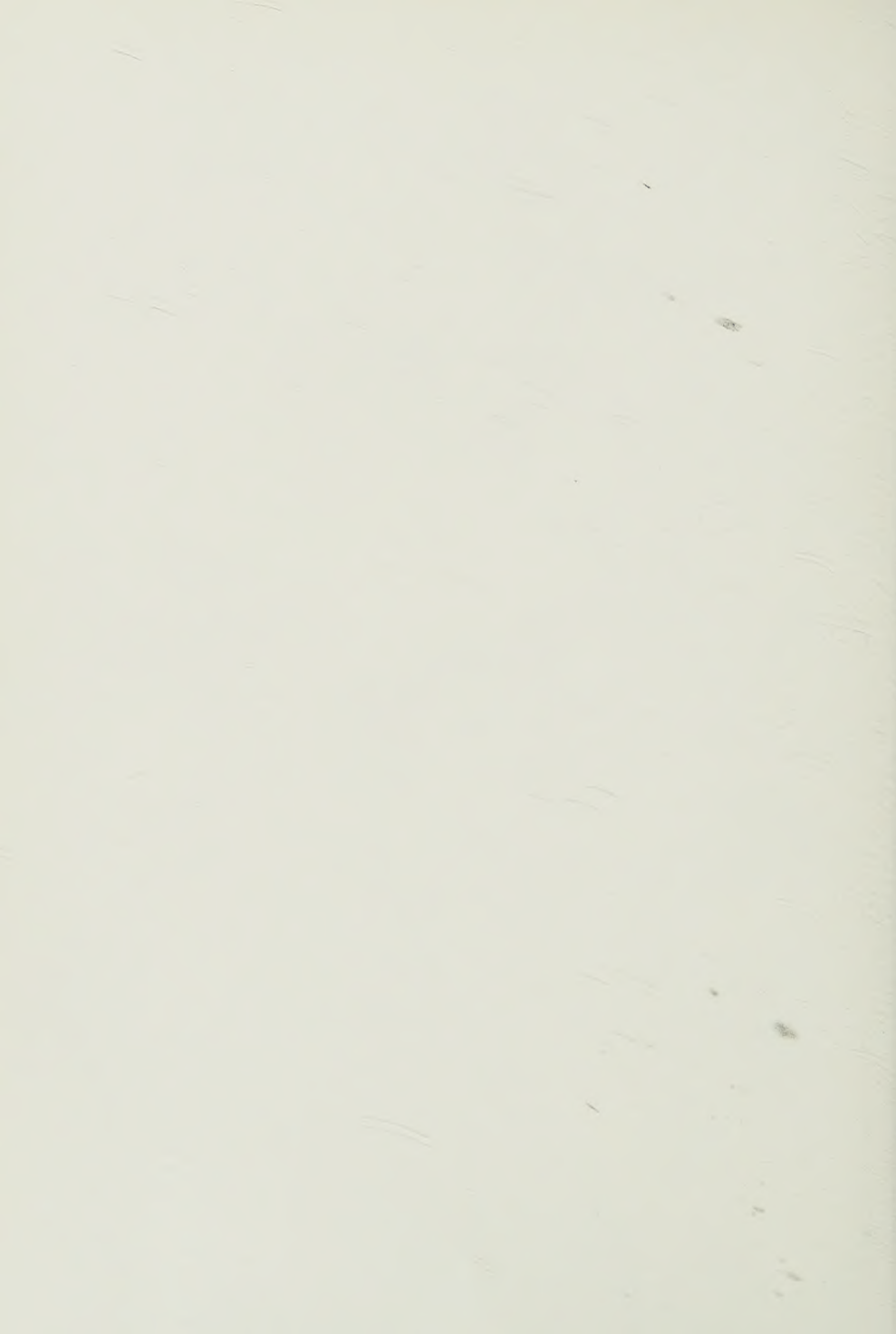
1969





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555428_0018



Der maßgebende Zeitpunkt
für die Auslegung des Rechtsgeschäfts

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Referendar Jürgen Sonnenschein
aus Solingen

1969

Erster Berichterstatter: Prof.Dr. Nörr
Zweiter Berichterstatter: Prof.Dr. Reinicke
Dekan: Prof. Dr. Seidenfus

Tag der mündlichen Prüfung: 18.Juli 1969



Inhaltsübersicht

	Seite
Einleitung	1
1. Teil: Grundlagen einer Auslegung des Rechtsgeschäfts	12
I. Allgemeine Hermeneutik und juristische Auslegung	12
II. Geschichte der Auslegung des Rechtsgeschäfts	22
III. Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts	28
2. Teil: Der maßgebende Zeitpunkt für den Willen der Parteien	52
I. Allgemeine Grundlagen	52
II. Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	56
III. Der maßgebende Zeitpunkt beim Rechtsgeschäft unter Lebenden	63
1. Erläuternde Auslegung	63
a) Empfangsbedürftige Willenserklärung	63
b) Nichtempfangsbedürftige Willenserklärung	67
2. Ergänzende Auslegung	70
IV. Der maßgebende Zeitpunkt bei der erläuternden und ergänzenden Auslegung des Rechtsgeschäfts von Todes wegen	77
1. Erbvertrag	77
2. Gemeinschaftliches Testament	79
3. Einfaches Testament	81

	Seite
3. Teil: Die Auslegung des Rechtsgeschäfts nach Treu und Glauben	98
I. Treu und Glauben in soziologischer und verfassungsrechtlicher Sicht	98
II. Wesen und Funktion des Grundsatzes von Treu und Glauben	109
III. Die Wandelbarkeit von Treu und Glauben	111
IV. Der maßgebende Zeitpunkt für Treu und Glauben	127
V. Das Verhältnis von § 157 und § 242 BGB	144
4. Teil: Die Auslegung des Rechtsgeschäfts nach der Verkehrssitte	152
I. Die Sitte in soziologischer Sicht	152
II. Sitte und Recht	154
III. Begriff und rechtliche Bedeutung der Verkehrssitte	156
IV. Der maßgebende Zeitpunkt für die Verkehrssitte	161
Zusammenfassung	177

Literaturverzeichnis

- Arndt, Adolf Die Friedensaufgabe des Richters
NJW 1967, 1585 ff.
- Ballerstedt, Kurt Staatsverfassung und Wirtschaftsfreiheit
DÖV 1951, 159 ff.
- Baratono, Aldechi Il mio paradosso
Sammlung Filosofi ital. contemporanei,
1947
- Bartholomeyczik, Erbrecht
Horst 8. Aufl., München u. Berlin 1968
- ders. Die Kunst der Gesetzesauslegung
2. Aufl., Frankfurt a.M. 1960
- Betti, Emilio Zur Grundlegung einer allgemeinen Aus-
legungslehre
Festschrift für Ernst Rabel, Bd. II,
S. 79 ff., Tübingen 1954
- BGB-RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch
Kommentar herausgegeben von Reichs-
gerichtsräten und Bundesrichtern
I. Bd. 1. Teil, 11. Aufl., Berlin 1959
I. Bd. 2. Teil, 11. Aufl., Berlin 1960
V. Bd. 1. Teil, 11. Aufl., Berlin 1960
V. Bd. 2. Teil, 11. Aufl., Berlin 1961
- Bierling, Ernst- Juristische Prinzipienlehre
Rudolf Freiburg-Leipzig 1894-1912
- Bollnow, Otto Friedr. Einfache Sittlichkeit
2. Aufl., Göttingen 1957
- Brauer, Helmuth Der Eigenschaftsirrtum
Hamburg 1941

- Breithaupt, Walter Anmerkung zum Urteil des BGH vom
26.2.1968 betreffend sittenwidrige
letztwillige Zuwendungen
NJW 1968, 932
- Brox, Hans Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung
Ein Beitrag zur Lehre von der Willens-
erklärung und deren Auslegung
Karlsruhe 1960
- ders. Erbrecht
Köln-Berlin-Bonn-München 1966
- Bucher, Eugen Das subjektive Recht als Normsetzungs-
befugnis
Tübingen 1965
- Coing, Helmut Die juristischen Auslegungsmethoden
und die Lehren der allgemeinen
Hermeneutik
Köln u. Opladen 1959
- Crome, Carl System des deutschen Bürgerlichen Rechts
Bd. I, 1, Tübingen-Leipzig 1900
- Dahm, Georg Deutsches Recht
2. Aufl., Stuttgart 1963
- Dahrendorf, Ralf Homo sociologicus
Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung
und Kritik der Kategorie der sozialen
Rolle
Köln u. Opladen 1959
- Danz, Erich Die Auslegung der Rechtsgeschäfte
3. Aufl., Jena 1911
- ders. Die neue, realistische Auslegung der
Rechtsgeschäfte
JW 1912, 2 ff.
- Dietz, Rolf Erbrecht
Bonn 1949

- Dürig, Günter Grundrechte und Zivilrechtsprechung
Festschrift für Hans Nawiasky zum
75. Geburtstag, S. 157 ff.
München 1956
- Ehrlich, Eugen Grundlegung der Soziologie des Rechts
Unveränderter Neudruck der Auflage 1913,
München und Leipzig 1929
- ders. Stillschweigende Willenserklärung
Berlin 1893
- Eichler, Hermann Die Rechtslehre vom Vertrauen
Tübingen 1950
- Endemann, Friedrich Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd.
8. Aufl., Berlin 1903
- Engisch, Karl Einführung in das juristische Denken
3. Aufl., Stuttgart 1964
- ders. Logische Studien zur Gesetzesanwendung
3. Aufl., Heidelberg 1963
- Enneccerus, Ludwig-
Nipperdey, Hans Carl Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
15. Aufl., 1. Halbbd., Tübingen 1959
15. Aufl., 2. Halbbd., Tübingen 1960
- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch, Bd. 1 und 2
4. Aufl., Münster Westf. 1967
- Esser, Josef Einführung in die Grundbegriffe des
Rechtes und Staates
Wien 1949
- ders. Grundsatz und Norm in der richterlichen
Fortbildung des Privatrechts
2. Aufl., Tübingen 1964
- ders. § 242 BGB und die Privatautonomie
JZ 1956, 555 ff.
- ders. Schuldrecht
2. Aufl., Karlsruhe 1960
3. Aufl., Bd. 1, Karlsruhe 1968

- Fikentscher, Wolfgang Das Schuldrecht
Berlin 1965
- Fischer, Otto-
Henle, Wilhelm-
Titze, Heinrich Bürgerliches Gesetzbuch
14. Aufl., München 1932
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts
2. Bd., Das Rechtsgeschäft
Berlin-Heidelberg-New York 1965
- ders. Rechtsgeschäft und Privatautonomie
Hundert Jahre deutsches Rechtsleben,
Festschrift zum hundertjährigen Be-
stehen des Deutschen Juristentages
1860-1960, S. 135 ff.
Karlsruhe 1960
- Foer, Heinz Die Berücksichtigung des Willens des
Testators bei der Auslegung mehrdeu-
tiger Verfügungen von Todes wegen
AcP 153, 492 ff. (1954)
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts
1. Bd., Allgemeiner Teil
9. Aufl., München und Berlin 1966
- Fuchs, Ernst Vertragstreue und Shylockismus
LZ 1921, Sp. 481 ff.
- Geiger, Theodor Vorstudien zu einer Soziologie des
Rechts
Neuwied 1964
- Haas, Dieter Freie Entfaltung der Persönlichkeit
DÖV 1954, 70 ff.
- Hamann, Andreas Das Grundgesetz
2. Aufl., Neuwied-Berlin 1960
- Hartmann, Nicolai Ethik
Berlin-Leipzig 1926

- Haupt, Günter Über faktische Vertragsverhältnisse
Leipziger rechtswissenschaftliche
Studien, Heft 124
Sonderausgabe aus der Festschrift der
Leipziger Juristenfakultät für
Heinrich Siber
Leipzig 1941
- Heck, Philipp Begriffsbildung und Interessen-
jurisprudenz
Tübingen 1932
- ders. Gesetzesauslegung und Interessen-
jurisprudenz
AcP 112, 1 ff. (1914)
- ders. Grundriß des Schuldrechts
Tübingen 1929
- ders. Die Interessenjurisprudenz und ihre
neuen Gegner (Fortsetzung)
AcP 142, 297 ff. (1936)
- ders. Das Problem der Rechtsgewinnung
2. Aufl., Tübingen 1932
- Henckel, Wolfram Die ergänzende Vertragsauslegung
AcP 159, 106 ff. (1960/1961)
- Henke, Horst-Eberhard Die Tatfrage - der unbestimmte Begriff
im Zivilrecht und seine Revisibilität
Berlin 1966
- Henkel, Heinrich Einführung in die Rechtsphilosophie
München und Berlin 1964
- Henle, Rudolf Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
II. Schuldrecht
Rostock 1934
- v. Hippel, Fritz Das Problem der rechtsgeschäftlichen
Privatautonomie
Tübingen 1936

- Hirsch, Ernst Eduard Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge
Berlin 1966
- Hölder, Eduard Kommentar zum Allgemeinen Theil des
Bürgerlichen Gesetzbuchs
München 1900
- v. Humboldt, Wilhelm Werke
Herausgegeben von Albert Leitzmann
Bd. VI, Berlin 1827-29
Bd. VII, Berlin 1830-35
- v. Ihering, Rudolf Der Zweck im Recht
Bd. 1, Leipzig 1877
Bd. 2, Leipzig 1883
Bd. 2, 5. Aufl., Leipzig 1916
- Jellinek, Georg Allgemeine Staatslehre
3. Aufl., 7. Neudruck
Bad Homburg v. d. H. 1960
- Jörs, Paul-
Kunkel, Wolfgang-
Wenger, Leopold Römisches Privatrecht
3. Aufl., Berlin-Göttingen-
Heidelberg 1949
- Kaser, Max Das Römische Privatrecht, Bd. I
München 1955
- Keuk, Brigitte Der Erblasserwille post testamentum
und die Auslegung des Testaments
Bonn 1965
- Kipp, Theodor-
Coing, Helmut Erbrecht
12. Bearbeitung, Tübingen 1965
- König, René Das Fischer Lexikon, Bd. 10, Soziologie
Stichwörter: Recht, Gesellschaft
Frankfurt a. M. 1967
- Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar)
von H. J. Abraham, O. Bühler u. a.
Hamburg 1950 ff., Zweitbearbeitung
1964 ff.

- Kunkel, Wolfgang Fides als schöpferisches Element im
römischen Schuldrecht
Festschrift für Paul Koschaker,
Bd.2, S.1 ff.
Weimar 1939
- Landsberg, Ernst Das Recht des Bürgerlichen Gesetz-
buches vom 18. August 1896, 1. Hälfte
Berlin 1904
- Lange, Heinrich BGB Allgemeiner Teil
10. Aufl., München 1968
- ders. Lehrbuch des Erbrechts
München und Berlin 1962
- ders. Die Verwirklichung des wahren letzten
Willens des Erblassers
IheringsJ 82, 1 ff. (1932)
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts
München 1967
- ders. Geschäftsgrundlage und Vertrags-
erfüllung
Die Bedeutung "veränderter Umstände"
im Zivilrecht
3. Aufl., München und Berlin 1963
- ders. Lehrbuch des Schuldrechts
1. Bd., Allgemeiner Teil
9. Aufl., München 1968
- ders. Die Methode der Auslegung des
Rechtsgeschäfts
Zugleich ein Beitrag zur Theorie der
Willenserklärung
Leipzig 1930
- ders. Methodenlehre der Rechtswissenschaft
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
- ders. Vertrag und Unrecht, Bd. I
Hamburg 1936

- Larenz, Karl Willenserklärung und Pflichtgedanke
JW 1939, 1847
- Lauth, Reinhard Die Frage nach dem Sinn des Daseins
München 1953
- Lehmann, Heinrich-
Hübner, Heinz Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuches
16. Aufl., Berlin 1966
- Leisner, Walter Grundrechte und Privatrecht
München 1960
- Lenel, Otto Parteiabsicht und Rechtserfolg
IheringsJ 19, 154 ff. (1881)
- Lent, Friedrich-
Jauernig, Othmar Zivilprozeßrecht
14. Aufl., München 1969
- Leonhard, Franz Allgemeines Schuldrecht des BGB
München und Leipzig 1929
- ders. Die Auslegung der Rechtsgeschäfte
AcP 120, 14 ff. (1922)
- Leonhard, Rudolf Der Irrtum als Ursache nichtiger
Verträge, 1. Teil
2. Aufl., Breslau 1907
- Lüderitz, Alexander Auslegung von Rechtsgeschäften
Vergleichende Untersuchung anglo-
amerikanischen und deutschen Rechts
Karlsruhe 1966
- v. Mangoldt, Hermann-
Klein, Friedrich Das Bonner Grundgesetz, Bd. I
2. Aufl., Berlin u. Frankfurt a.M. 1957
- Manigk, Alfred Auslegung
Handwörterbuch der Rechtswissenschaft,
herausgegeben von F. Stier-Somlo und
A. Elster, Bd. I, S. 428
Berlin und Leipzig 1926

- Manigk, Alfred Irrtum und Auslegung
Zwei Grundpfeiler der Lehre von der
Willenserklärung
Berlin 1918
- ders. Die Revisibilität der Auslegung von
Willenserklärungen, mit Beiträgen zur
Methodik der Rechts- und Tatfrage
RG-Festgabe, Bd.VI, S.94 ff.
Berlin und Leipzig 1929
- ders. Das rechtswirksame Verhalten
Berlin 1939
- ders. Das Wesen des Vertragsschlusses in der
neueren Rechtsprechung
IheringsJ 75,127 ff. (1925)
- ders. Willenserklärung und Willensgeschäft,
ihr Begriff und ihre Behandlung nach
Bürgerlichem Gesetzbuch
Berlin 1907
- Maunz, Theodor Deutsches Staatsrecht
16.Aufl., München 1968
- Maunz, Theodor-
Dürig, Günter Grundgesetz
2.Aufl., München u.Berlin 1964
- Mestmäcker, Ernst-
Joachim Über die normative Kraft privatrecht-
licher Verträge
JZ 1964,441 ff.
- Mitteis, Heinrich-
Lieberich, Heinz Deutsches Privatrecht
5.Aufl., München 1968
- Müller-Erzbach, Rudolf Reichsgericht und Interessen-
jurisprudenz
RG-Festgabe, Bd.II, S.161 ff.
Berlin und Leipzig 1929
- Müller-Freienfels,
Richard Zur Rechtsprechung beim sog.
"Mätressen-Testament"
JZ 1968,441 ff.

- Naumann, Richard Grundlagen und Grenzen der Berufsfreiheit
JZ 1951, 423 ff.
- Nipperdey, Hans Carl Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung
Mannheim-Berlin-Leipzig 1921
- Oertmann, Paul Bürgerliches Gesetzbuch
1. Buch, Allgemeiner Teil
3. Aufl., Berlin 1927
2. Buch, Bd. 1
5. Aufl., Berlin 1928
- ders. Die Geschäftsgrundlage
Leipzig 1921
- ders. Rechtsordnung und Verkehrssitte
Leipzig 1914
- Falandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch
28. Aufl., München 1969
- Pawlowski, Hans-Martin Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen
Göttingen 1966
- Pernice, Alfred Ius, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit
3. Bd., 1. Abt., Halle 1892
- Peters, Hans Die Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel
Festschrift für Rudolf Laun zu seinem 70. Geburtstag, S. 669 ff.
Hamburg 1953
- Planck, Gottlieb Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Herausgegeben von E. Strohal
2. Bd., 1. Teil, 4. Aufl., Berlin 1914
5. Bd., 4. Aufl., Berlin u. Leipzig 1930

- Popitz, Heinrich Der Begriff der sozialen Rolle als
Element der soziologischen Theorie
Tübingen 1957
- Radbruch, Gustav Rechtsphilosophie
6. Aufl. Nach dem Tode des Verfassers
besorgt und biographisch eingeleitet
von Erik Wolf, Stuttgart 1963
- Raiser, Ludwig Das Recht der Allgemeinen Geschäfts-
bedingungen
Unveränderter Neudruck der Auflage
Hamburg 1935
Bad Homburg v.d.H. 1961
- ders. Vertragsfreiheit heute
JZ 1958, 1 ff.
- Rasch, Harold Kartellverbot und Grundgesetz
WuW 1955, 667 ff.
- Rehbein, H. Das Bürgerliche Gesetzbuch, I. Bd.
Berlin 1899
- Rehbinder, Manfred Wandlungen in der Rechtsstruktur im
Sozialstaat
Studien und Materialien zur Rechts-
soziologie
Herausgegeben von Ernst E. Hirsch und
Manfred Rehbinder, S. 197 ff.
Köln und Opladen 1967
- Reinach, Adolf Zur Phänomenologie des Rechts
München 1953
- Reinhardt, Rudolf Die Vereinigung subjektiver und
objektiver Gestaltungskräfte im
Vertrage
Festschrift zum 70. Geburtstag von
Walter Schmidt-Rimpler, S. 115 ff.
Karlsruhe 1957
- Reinicke, Dietrich Ausfüllung von Gesetzeslücken durch
den Bundesgerichtshof
JuS 1964, 421 ff.
- Reinicke, Gerhard Anmerkung zum Urteil des BGH vom
2.7.1957 - MDR 1958, 26
MDR 1958, 27 f.

- RGR-Kommentar zum HGB früher herausgegeben von Mitgliedern
des Reichsgerichts
1.Bd. bearbeitet von Hans Würdinger
2.Aufl., Berlin 1953
3.Bd. bearbeitet von Reinhard Freiherr
von Godin und Paul Ratz
2.Aufl., Berlin 1963
- Rhode,Heinz Die Willenserklärung und der Pflicht-
gedanke im Rechtsverkehr
Berlin 1938
- Rosenberg,Leo Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß-
rechts
9.Aufl., München und Berlin 1961
- Rüthers,Bernd Die unbegrenzte Auslegung
Zum Wandel der Privatrechtsordnung im
Nationalsozialismus
Tübingen 1968
- Sandrock,Otto Zur ergänzenden Vertragsauslegung im
materiellen und internationalen
Schuldvertragsrecht
Köln und Opladen 1966
- v.Savigny,Friedr.Carl Das Obligationenrecht, Bd.II
Berlin 1853
- ders. System des heutigen Römischen Rechts
Bd.I und II
Berlin 1840
- Scheler,Max Der Formalismus in der Ethik und die
materielle Wertethik
Neuer Versuch der Grundlegung eines
ethischen Personalismus
4.Aufl., Bern o.J. (1954)
- Scherrer,Werner Die geschichtliche Entwicklung des
Prinzips der Vertragsfreiheit
Basler Studien, Heft 20, 1948
- Scheuerle,Wilhelm A. Beiträge zum Problem der Trennung von
Tat- und Rechtsfrage
AcP 157,1 ff. (1958/59)
- Schlegelberger,Franz Handelsgesetzbuch
Erläutert von Geßler, Hefermehl, Hilde-
brandt, Schröder, 3.Bd.
3.Aufl., Berlin u.Frankfurt a.M. 1956

- Schleiermacher, Friedr. Hermeneutik, Entwürfe
Herausgegeben von Heinz Kimmerle,
Abhandlungen der Heidelberger Akademie
der Wissenschaften, philosophisch-
historische Klasse, 2. Abhandlung
Heidelberg 1959
- ders. Hermeneutik und Kritik
Werke 1. Abtlg., 7. Bd.
Herausgegeben von Friedrich Lücke
Berlin 1838
- Schlossmann Rezension zu E. Zitelmann: "Irrthum
und Rechtsgeschäft"
GrünhutsZ 7, 543 ff.
- Schmidt-Rimpler, Walter Grundfragen einer Erneuerung des
Vertragsrechts
AcP 147, 130 ff. (1941)
- Schneider, Konrad Abänderliches Recht und Verkehrs-
sitte
IheringsJ 59, 383 ff.
- ders. Treu und Glauben im Recht der
Schuldverhältnisse des Bürgerlichen
Gesetzbuches
München 1902
- Schollmeyer, Friedrich Recht der Schuldverhältnisse, 1. Hälfte
München 1900
- Schreiber, Rupert Die Geltung von Rechtsnormen
Berlin-Heidelberg-New York 1966
- Schulz, Fritz Der Irrtum im Beweggrund bei der
testamentarischen Verfügung
Sonderabdruck aus der Gedächtnis-
schrift für Emil Seckel, S. 70 ff.
Berlin 1927
- Schwinge, Erich Grundlagen des Revisionsrechts
Bonn 1935
- Siber, Heinrich Auslegung und Anfechtung der Verfü-
gungen von Todes wegen
RG-Festgabe, Bd. III, S. 350 ff.
Berlin und Leipzig 1929
- ders. Schuldrecht
Leipzig 1931

- Soergel, Hans Theodor-
Siebert, Wolfgang Bürgerliches Gesetzbuch
I. Bd., 9. Aufl., Stuttgart 1959
I. Bd., 10. Aufl., Stuttgart-Berlin-
Köln-Mainz 1967
II. Bd., 9. Aufl., Stuttgart 1962
V. Bd., 9. Aufl., Stuttgart 1961
- Staiger, Emil Die Kunst der Interpretation
2. Aufl., Zürich 1957
- Stammler, Rudolf Das Recht der Schuldverhältnisse in
seinen Allgemeinen Lehren
Berlin 1897
- v. Staudinger, Josef Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
I. Bd., 11. Aufl., Berlin 1957
II. Bd., Teil 1b, 11. Aufl., Berlin 1961
V. Bd., 1. Teil, 11. Aufl., Berlin 1954
V. Bd., 2. Teil, 10./11. Aufl.
Berlin 1960
- Stein, Friedrich-
Jonas, Martin-
Schönke, Adolf-
Pohle, Rudolf Kommentar zur Zivilprozeßordnung
18. Aufl., Tübingen 1953/56
- Stöll, Heinrich Begriff und Konstruktion in der Lehre
der Interessenjurisprudenz
Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin,
Arthur Benno Schmidt
Beilageheft zu AcP 133, 60 ff. (1931)
- Strohal, Emil Das deutsche Erbrecht auf der Grund-
lage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. Bd.
3. Aufl., Berlin 1903
- Thon, August Rechtsnorm und subjectives Recht
Weimar 1878
- Titze, Heinrich Die Lehre vom Mißverständnis
Berlin 1910
- Trübner, Karl Deutsches Wörterbuch, Bd. 7
Berlin 1956
- v. Tuhr, Andreas Der Allgemeine Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts
2. Bd., 1. Hälfte, München u. Leipzig 1914
2. Bd., 2. Hälfte, München u. Leipzig 1918

- Warneyer, Otto Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
für das Deutsche Reich
Bd.1, 1.Hälfte, Tübingen 1923
- Weber, Max Gesammelte Aufsätze zur Wissenschafts-
lehre
2.Aufl., besorgt von Johannes Winkel-
mann, Tübingen 1951
- ders. Rechtssoziologie
Neuwied 1960
- Wedemeyer, Werner Auslegung und Irrtum in ihrem Zusammen-
hange
Göttingen 1903
- Weischedel, Wilhelm Recht und Ethik
Zur Anwendung ethischer Prinzipien
in der Rechtsprechung des Bundes-
gerichtshofs
Vortrag, gehalten vor der Juristischen
Studiengesellschaft in Karlsruhe am
11.11.1955 , Heft 19 der Schriftenreihe
Karlsruhe 1956
- Westermann, Harry Die Anpassung der Auslegungsmethode
an die Eigenart des auszulegenden
Willensaktes
Festschrift für Karl Arnold, S.281 ff.
Köln und Opladen 1955
- ders. Interessenkollisionen und ihre richter-
liche Wertung bei den Sicherungsrechten
an Fahnris und Forderungen
Vortrag, gehalten vor der Juristischen
Studiengesellschaft in Karlsruhe am
23.4.1954
Heft 11 der Schriftenreihe, Karlsruhe
1954
- ders. Wesen und Grenzen der richterlichen
Streitentscheidung im Zivilrecht
Münster Westf. 1955
- Wieacker, Franz Rezension des Lehrbuchs von Enneccerus-
Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürger-
lichen Rechts, Bd.1, 14.Aufl., Tübingen
1952
JZ 1953, 677 ff.

- | | |
|-------------------------------------|--|
| Wieacker, Franz | Rezension des Lehrbuchs von Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.2, 14.Aufl.
Tübingen 1955
JZ 1956, 294 f. |
| ders. | Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB
Tübingen 1956 |
| ders. | Privatrechtsgeschichte der Neuzeit
2.Aufl., Göttingen 1967 |
| ders. | Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft
Vortrag, gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 12.12.1952, Heft 3 der Schriftenreihe Karlsruhe 1953 |
| Wieczorek, Bernhard | Zivilprozeßordnung und Nebengesetze auf Grund der Rechtsprechung kommentiert
Bd.2, Teil 1, Berlin 1956
Bd.3, Berlin 1957 |
| Windscheid, Bernhard | Lehrbuch des Pandektenrechts, I.Bd.
7.Aufl., Frankfurt a.M. 1891 |
| Wolff, Hans Julius | Verwaltungsrecht I
7.Aufl., München 1968 |
| Zeiler | Die falsa demonstratio bei formbedürftigen Rechtsgeschäften
Gruchot 52, 224 ff. |
| Zinn, Georg August-
Stein, Erwin | Die Verfassung des Landes Hessen
Kommentar
Bad Homburg v.d.H. - Berlin 1954 |

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch von 1861
a.E.	am Ende
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
Anm.	Anmerkung
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
D.	Digesten
d.h.	das heißt
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einf.	Einführung
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949

Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GrünhutsZ	Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart von Grünhut
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
IheringsJ	Iherings Jahrbücher
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Komm.	Kommentar
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Linden- maier und Möhring
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.N.	mit Nachweisen
Mot.	Motive zum BGB
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
Prot.	Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB
RdL	Recht der Landwirtschaft
Recht	Zeitschrift "Das Recht"
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RG-Festgabe	Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1.10.1929) Berlin und Leipzig 1929
RGZ	Entscheidungen des RG in Zivilsachen
SächsBGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte
Vorbem.	Vorbemerkung
WarnRspr.	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Marktorganisation
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30.1.1877

E i n l e i t u n g

"Die Lehre von der Auslegung des Rechtsgeschäfts ist bis heute zu keinem Abschluß gelangt, sondern zeigt das Bild eines Kampfes widerstreitender Richtungen, die zwar im einzelnen mannigfach modifiziert erscheinen und von denen keine wohl ganz rein durchgeführt wird, zwischen denen aber auch eine wirkliche Vermittlung bisher nicht gelungen ist."¹⁾

Dieser Satz, den Karl Larenz an den Anfang seiner "Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts" gestellt hat, ist auch für den gegenwärtigen Stand der Auslegungslehre berechtigt. Ebenso berechtigt ist aber die Frage, ob die Auslegungslehre jemals zu einem Abschluß gelangen kann. Wenn man bedenkt, welche Faktoren allgemein juristischer, wirtschaftlicher, soziologischer und politischer Art die praktische Rechtsanwendung bestimmen, liegt der Schluß nahe, daß jede Zeit mit dem unaufhörlichen Wandel dieser Faktoren die ihr eigene Auslegungsmethode zu entwickeln hat.

Theorie und Methodenlehre der Rechtswissenschaft haben seit dem vorigen Jahrhundert insbesondere auf dem Gebiet der Gesetzesauslegung eine bemerkenswerte Entwicklung erfahren.²⁾ Die Begriffsjurisprudenz des 19. Jahrhunderts wurde unter dem Einfluß eines positivistischen Wissenschaftsbegriffs von verschiedenen Richtungen abgelöst, die die Rechtswissenschaft gleich der Naturwissenschaft auf unzweifelbare Fakten zu gründen suchten. Die Auffassung des Rechts als ein psychologisches Faktum führte zu einer psychologischen Rechtswissenschaft, die Gesetz und Rechtsgeschäft von einem psychologisch verstandenen Willensbegriff her erklärte.³⁾ Wer das Recht als eine Tatsache des sozialen Daseins einordnete, gelangte zu einer soziologisch bestimmten Rechtstheorie, die nach den gesellschaftlichen,

1) Karl Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung, Leipzig 1930, S.1.

2) Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, S.8-143.

3) Vgl. Ernst Rudolf Bierling, Juristische Prinzipienlehre, 1894-1917.

insbesondere den wirtschaftlichen Ursachen und Wirkungen des Rechts als eines Mittels im Dienste gesellschaftlicher Zwecke fragte.¹⁾ Auf dieser Grundlage eines soziologischen Positivismus und einer pragmatischen Rechtsauffassung entstand die Interessenjurisprudenz²⁾, die die Gesetzesauslegung als Interessenforschung ansah. Hieraus entwickelte sich in neuerer Zeit die Wertungsjurisprudenz³⁾, die zwischen der Interessenanalyse und deren Bewertung durch das Gesetz unterscheidet. Der Bundesgerichtshof arbeitet weitgehend nach der Methode einer wertenden Jurisprudenz.⁴⁾

Auf dem Gebiet der Auslegung des Rechtsgeschäfts ist dagegen kaum ein Fortschritt festzustellen. Die wenigen Arbeiten⁵⁾ zu diesem Thema haben in der Rechtsprechung bisher keinen sichtbaren Niederschlag gefunden. Die Rechtsprechung wird nach wie vor von einer stereotypen Anwendung der in den §§ 133, 157, 242 BGB enthaltenen Auslegungsregeln beherrscht. Sie hat den alten Gegensatz zwischen subjektiver und objektiver Auslegungstheorie noch nicht überwunden; denn einerseits sucht sie den Willen des Erklärenden zu ermitteln, sei es auch nur in seiner mutmaßlichen oder gar hypothetischen Gestalt, andererseits verlangt sie, daß dieser Wille einen - "wenngleich unvollkommenen - Anhalt"⁶⁾ in der Erklärung gefunden hat. Damit

- 1) Vgl. Rudolf v. Ihering, Der Zweck im Recht, 1877; Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913.
- 2) Philipp Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1912, AcP 112, 1 ff.; ders., Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932; ders., Das Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1932; Heinrich Stoll, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, Festschrift für Rümelin, Heck u. A. B. Schmidt, 1931, S. 60 ff.; Rudolf Müller-Erzbach, Reichsgericht und Interessenjurisprudenz, RG-Festgabe, Bd. I, S. 161.
- 3) H. Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, 1955; ders., Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, 1954.
- 4) Vgl. D. Reinicke, Ausfüllung von Gesetzeslücken durch den Bundesgerichtshof, JuS 1964, 421 ff.
- 5) Vgl. aus letzter Zeit Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, 1960; Keuk, Der Erblasserwille post testamentum und die Auslegung des Testaments, 1965; Lüderitz, Auslegung von Rechtsgeschäften, 1966.
- 6) Vgl. RGZ 134, 277 (279 f.).

haftet sie auf dem wichtigen Gebiet der ergänzenden Auslegung eines Rechtsgeschäfts an Merkmalen fest, deren Brauchbarkeit höchst zweifelhaft ist.

Rechtsgeschäftliche Willenserklärungen ¹⁾ erschöpfen sich vielfach nicht in einem hic et nunc, sondern wirken in die Zukunft, sollen ihre Wirkung gar erst in einem zukünftigen Zeitpunkt entfalten und künftige Verhältnisse regeln. Die menschliche Voraussicht ist jedoch unvollkommen. So wird das tatsächlich Vorgestellte und Gewollte immer mehr oder weniger von der späteren Wirklichkeit abweichen. Ph.Heck ²⁾ schrieb, daß jedes Gesetz zur Zeit seiner Anwendung schon der Vergangenheit angehöre. Ebenso ist es mit der Auslegung eines Rechtsgeschäfts. Die Auslegung muß diesem Zeitmoment gerecht werden.

Der Zeitfaktor spielt eine entscheidende Rolle bei den Rechtsinstituten der Verjährung, Verwirkung und Ersitzung. Rechte entstehen, gehen unter oder werden durch Zeitablauf mit einem Leistungsverweigerungsrecht behaftet. Unklar aber ist nach der vorhandenen gesetzlichen Regelung, welchen Einfluß der Zeitfaktor auf den Inhalt und damit auf die Auslegung eines Rechtsgeschäfts hat.

Mit dem unaufhaltbaren Ablauf der Zeit ändert sich die Wirklichkeit, wird die Gegenwart zur Vergangenheit. Jede menschliche Handlung, die in einer Beziehung von gewisser Dauer zur Außenwelt steht, wird fortlaufend mit neuen Gegebenheiten konfrontiert und ist an die veränderte Lage anzupassen. Auch die

1) Die Begriffe "Willenserklärung" und "Rechtsgeschäft" werden meistens als Synonyma gebraucht (vgl. Mot.I,125). Die einzelne Willenserklärung kann ein Rechtsgeschäft sein, z.B. das einfache Testament. Das Rechtsgeschäft kann sich auch aus mehreren Willenserklärungen zusammensetzen wie z.B. der Vertrag. Die Problematik des Rechtsgeschäfts wird jedoch dann, wenn sie speziell an die einzelne Willenserklärung anknüpft, durch eine Unterscheidung beider Begriffe deutlicher (vgl. Flume, AT II, § 2,3 d).

2) AcP 112,1(14 Fußn.34).

Willenserklärungen des Rechtsverkehrs unterliegen der sich stetig wandelnden Wirklichkeit.

Daraus ergibt sich zunächst die Möglichkeit, daß die Willenserklärung von außen her durch die geänderten tatsächlichen Umstände, auf die sie bezogen ist, beeinflusst wird. Da die Willenserklärung als menschliche Handlung jedoch selbst zur Wirklichkeit rechnet, kann sie auch aus sich selbst heraus eine Änderung erfahren und eine Bedeutung entwickeln, die über die Ziele und das Bewußtsein des Autors hinausgeht. Dieses Phänomen läßt sich als "überschießende Bedeutung eines Geisteswerkes" ¹⁾ bezeichnen und beruht darauf, daß der Gedanke dem Willen des Autors gegenüber volle Selbständigkeit besitzt und vielfach weit über die Tragweite des Willens hinausgeht.

Die Willenserklärung gehört bereits der Vergangenheit an, sobald sie der Erklärende abgegeben hat. Aus der Vergangenheit reicht sie jedoch kraft ihres Seins und der durch sie geschaffenen oder noch zu schaffenden Rechtslage in die Gegenwart hinein. Eine Auslegung, die sich notwendigerweise in der Gegenwart vollzieht, muß deshalb vergangene, gegenwärtige und gegebenenfalls sogar zukünftige Momente einbeziehen. Denn das "Wort als ersparte Form ist oft weder den veränderten Lebenserscheinungen noch den veränderten Lebenswertungen gewachsen²⁾."

Dies führt zu der Frage, welche Konsequenzen in rechtlicher Hinsicht daraus zu ziehen sind, daß die Willenserklärung als Faktum äußeren und inneren Einflüssen ausgesetzt ist und damit einen Bedeutungswandel erfahren kann. Unter Willenserklärung im Rechtssinne ist "die auf einen Rechtserfolg gerichtete private Willensäußerung zu verstehen, deren Wirkungen von

1) Coing, Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, 1959, S.16.

2) Bartholomeyczik, Die Kunst der Gesetzesauslegung, 2.Aufl., 1960, S.38.

der Rechtsordnung entsprechend diesem Erfolgswillen bestimmt werden." ¹⁾ Die Erklärung muß nach ihrem Inhalt auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet sein, d.h. auf die Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses. ²⁾

1) Lehmann-Hübner, AT, § 24 I; Brox, Einschränkung, S.53.

2) Sogenannte Rechtsfolgentheorie: Enneccerus-Nipperdey, § 145 I A 1; Flume, AT II, § 4,5; Larenz, Methode, S.52; Lehmann-Hübner AT, § 24 I; v.Tuhr AT II,1,S.401; Erman-Westermann, Einl. § 104, Anm.1; RGRK-Krüger-Nieland, vor § 116 Anm.1; Staudinger-Coing, Einl. vor § 104 Anm.12 ff.; Mot.I,126; RGZ 68,322(324); 122,138(140); 157,228(233); BGHZ 6,102(105); 21,102(106); für das gemeine Recht Windscheid-Kipp, § 69,1 und Anm. 1a.
Anders die sogenannte Grundfolgentheorie, nach der der Wille des Erklärenden nicht auf einen rechtlichen, sondern einen tatsächlichen, nämlich wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Erfolg gerichtet sei und dieser Erfolg von der Rechtsordnung gewährleistet werde: O.Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg, IheringsJ 19,154(163 f.); A.Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, S.365 f.; Schlossmann, Rezension zu E.Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, GrünhutsZ 7,543(569); E.Ehrlich, Stillschweigende Willenserklärung, S.2 ff.; unter der Geltung des BGB noch Danz, Auslegung, S.7.
Staudinger-Coing, Einl. vor § 104 Anm.16, Lehmann-Hübner, AT § 24 I, Enneccerus-Nipperdey, § 145 Anm.4 weisen darauf hin, daß in dem Wollen eines wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Erfolges als Mittel zur Erreichung dieses Zwecks in der Regel die entsprechende Rechtsfolge mitgewollt werde.

Für die herrschende Rechtsfolgentheorie spricht, daß mit der Willenserklärung dem einzelnen die Möglichkeit eingeräumt ist, innerhalb der Rechtsordnung seine Rechtsverhältnisse nach eigenem Willen zu gestalten. Aus diesem Sinn der Willenserklärung folgt, daß der Wille des Erklärenden auf eine Rechtsgestaltung gerichtet sein muß. Vgl. Flume, AT II, § 4,5.

Das entscheidende Moment für die Bestimmung der Rechtswirkung, die eine Willenserklärung herbeiführt, ist deren Inhalt. Diesen für das Recht entscheidenden Inhalt einer Willenserklärung hat die Auslegung zu ermitteln.¹⁾ Um der Willenserklärung und damit dem gesamten Privatrechtsverkehr die erforderliche Praktikabilität zu verleihen, ist die angestrebte Rechtswirkung eindeutig festzulegen. Eine konkrete Rechtsfolge läßt sich jedoch nur von einem eindeutig festgelegten Ausgangspunkt her gewinnen.

Berücksichtigt man die gestaltende Rolle des Zeitfaktors im Recht, so bildet die Willenserklärung in ihrem tatsächlichen, aus der Vergangenheit über die Gegenwart in die Zukunft reichenden Sein einen nur unsicheren Ausgangspunkt, um eine konkrete Rechtsfolge zu gewinnen. Es ist deshalb notwendig, aus der zeitlichen Gesamterscheinung der Willenserklärung einen Zeitpunkt festzulegen, für den das tatsächliche Sein der Erklärung und ihre Beziehung zur Außenwelt zu ermitteln und rechtlich zu beurteilen sind.

Rechtsprechung²⁾ und Literatur³⁾ stehen auf dem Standpunkt, daß eine Willenserklärung mit dem Augenblick des Wirksamwerdens ihren - eventuell durch Auslegung zu ermittelnden - unveränderlichen Erklärungswert haben. Dieser sei von späteren Ereignissen unabhängig. "Eine Willenserklärung kann nicht im Augenblick des Wirksamwerdens den einen und später einen anderen Sinn haben. Künftige Ereignisse als solche können demnach für die Auslegung keine Rolle spielen, sondern allenfalls insofern, als sie vom (gegenwärtigen)⁴⁾ Bewußtsein der Beteiligten - als möglich oder unmöglich, sicher oder ungewiß - aufgenommen waren."⁵⁾

1) Enneccerus-Nipperdey, § 205; Flume AT II, § 16,1 b; Erman-Westermann, § 133 Anm.3.

2) BGH IM BGB § 133(B) Nr.7.

3) Flume AT II, § 16,3 c; Soergel-Hefermehl (§ 130 Anm.5) stellt auf den Zeitpunkt der Abgabe ab. Der Erklärende lege damit den Inhalt der Willenserklärung endgültig fest.

4) Damit ist das in der Vergangenheit liegende Bewußtsein gemeint.

5) BGH, a.a.O.

Eine Auslegung, die von diesem Standpunkt ausgeht, ist allein an der Vergangenheit orientiert. Sie führt dazu, eine Willenserklärung nur so zu würdigen, wie sich die maßgebenden Umstände in einem Zeitpunkt darstellen, der in der Vergangenheit liegt. Eine solche Lösung des Interpretieren vom eigenen Zeitpunkt und Standort in der Gegenwart bedeutet einen Verzicht auf die Aktualität jeder Rechtsbindung und läßt die "ewige Dynamik des geschichtlichen Lebens des Rechts"¹⁾ außer acht.

Andererseits ist auch eine allein gegenwartsorientierte Auslegung nicht angebracht. Eine Willenserklärung kann nicht nur unter den Umständen ausgelegt werden, wie sie im Zeitpunkt der Interpretation bestehen. Der Wille des Erklärenden als konstitutives Element der Erklärung ist ein historisches Faktum, auf das auch eine gegenwartsorientierte Auslegung zurückgreifen muß. Dadurch gerät jedoch das aktuelle Moment der Rechtsfindung in ein Spannungsverhältnis zu der Rechtslage, wie sie sich unter Umständen in einem vergangenen Zeitpunkt ergab.

Es fragt sich, ob dieses Spannungsverhältnis aufzulösen ist, wenn die Auslegung vergangene und gegenwärtige Momente verbindet. Ganz allgemein gesehen, empfängt die Auslegung ihren Anstoß von einem Erkenntnisinteresse am Verstehen, und zwar von einem Zusammenhang, der die in der Vergangenheit liegende fremde Gedankenbetätigung mit einem gegenwärtigen Interesse der Lebensaktualität verbindet.²⁾ Die Auslegung eines Rechtsgeschäfts wird akut, wenn ein gegenwärtiger Streit der Beteiligten über den rechtlich maßgebenden Inhalt besteht. In der Regel ist juristisch nur der Inhalt relevant, der dem Rechtsgeschäft im gegenwärtigen Zeitpunkt zukommt. Wie weit aber kann die Auslegung sich vom Erklärungszeitpunkt zugunsten gegenwärtiger Umstände lösen, ohne mit dem das Zivilrecht beherrschenden Prinzip der Privatautonomie in Widerspruch zu geraten?

1) Betti, Rabel-Festschrift II, S.123.

2) Betti, a.a.O., S.113 f.

In erster Linie bestimmt der individuelle Wille des Autors den Inhalt seiner Erklärung. Die Privatautonomie gewährleistet die Freiheit des rechtlichen Gestaltungswillens.¹⁾ Der einzelne kann seine privaten Rechtsverhältnisse nach freiem, beliebigem Willen gestalten. Dem kommt eine doppelte Bedeutung insofern zu, als die Rechtsordnung in der Regel davon absieht, durch eigene Gebote in den Raum der privatrechtlichen Freiheitssphäre einzudringen und gleichzeitig bereit ist, das kraft der Selbstbestimmung des einzelnen geschaffene Rechtsverhältnis verbindlich anzuerkennen und mit staatlichem Rechtsschutz auszustatten.²⁾ als Teil des allgemeinen Prinzips

- 1) F.v.Hippel, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, 1936, S. 71: Das Rechtsgeschäft ist anzusehen "als die Zulassung einer willkürlichen Selbstbestimmung (Privatautonomie) von Rechtsgenossen über ihr zukünftiges wechselseitiges Verhalten." Die Privatautonomie als grundlegendes Ordnungsprinzip unserer Rechtsordnung ist fast einhellig anerkannt: Enneccerus-Nipperdey, § 137 Anm. 13, § 153 IV B 2a B; Esser, Schuldrecht, § 5, 1; Fikentscher, Schuldrecht, § 21 III 1; Flume AT II, § 1; Kipp-Coing, § 16 I 1; Larenz, Schuldrecht I, § 5; Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1; Erman-Hefermehl, vor § 145 Anm. II, 1; Erman-Westermann, Einl. § 104 Anm. 2, der als Zweck der Privatautonomie die Anerkennung des freien Willensentschlusses als Persönlichkeitswert und als Mittel zur Entfaltung der Persönlichkeit bezeichnet; RGRK-Krüger-Nieland, vor § 104 Anm. 1; Staudinger-Coing, Einl. vor § 104 Anm. 2a; aus der älteren Literatur Danz, Auslegung, S. 6; v. Tuhr AT I, S. 25; A. Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, 1939, S. 3; Ph. Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, S. 5, 121 ff.; ablehnend Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147, 130 (159 ff.). Nach Enneccerus-Nipperdey (§ 137 Anm. 13) ist der Begriff "Privatautonomie" nicht ganz zutreffend, da hier nicht Rechtsvorschriften, sondern nur Rechtsverhältnisse begründet werden. Diese Unstimmigkeit tritt auf, wenn man nur die abstrakt-generelle Regelung als Rechtsnorm ansieht und nicht die Herstellung eines Rechtsverhältnisses als Normsetzung anerkennt. Vgl. Manigk, RG-Praxis VI, S. 186, der das Rechtsgeschäft als Grundnorm bezeichnet, sowie E. Bucher, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 55, der das subjektive Recht als eine dem Berechtigten von der Rechtsordnung verliehene Normsetzungsbefugnis definiert.
- 2) Raiser, JZ 1958, 1. Vgl. für das zweite Moment Art. 1134 code civile: "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites." In dieser doppelten Bedeutung kommt ähnlich wie in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG (vgl. dazu v. Mangoldt-Klein, Art. 1 Anm. III 5) eine doppelte Verpflichtung der Staatsgewalt zum Ausdruck,

der Selbstbestimmung des Menschen, der Freiheit des Menschen schlechthin, ist die Privatautonomie nicht nur ein in den Grundrechten anerkannter, sondern jeder Privatrechtsordnung vorgegebener und in ihr zu verwirklichender Wert ¹⁾, der durch die Grundrechte gewährleistet wird. ²⁾ Denn eine Privatrechts-

2) v.S.8 -Fortsetzung-

die sie mit der Anerkennung der Privatautonomie auf sich genommen hat, einerseits ein negatives Verhalten, ein Unterlassen staatlicher Reglementierung, andererseits ein positives Verhalten, die Verwirklichung der Privatautonomie zu schützen.

- 1) Flume AT II, § 1. Raiser (JZ 1958, 1 f.) schließt aus der Rechtsgeschichte, daß die Vertragsfreiheit nicht ein selbstverständliches Grundprinzip jeder Zivilrechtsordnung darstelle. Vgl. dazu Scherrer, Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit, Basler Studien, Heft 20, 1948, sowie Max Weber, Rechtssoziologie, § 3. Dem ist nur zuzustimmen, wenn sich die Vertragsfreiheit als ein Prinzip mit umfassendem Geltungsbereich begreifen ließe. Doch wenn geschichtlich frühe Rechtsordnungen auch nur wenige, streng typisierte und in feierlichen Formen geschlossene Geschäfte eines rechtlichen Schutzes für fähig und wert hielten, steckt darin schon eine, wenn auch beschränkte Anerkennung der Privatautonomie, aus der die Vertragsfreiheit folgt. Sieht man schließlich den eigentlichen Geltungsgrund der Privatautonomie in der Würde des Menschen, ergibt sich, daß eine Rechtsordnung, die auf der Menschenwürde basiert, die Freiheit des Menschen und als deren notwendiges Korrelat die Privatautonomie als selbstverständlich anerkennen muß.
- 2) In der Literatur wird die Frage im wesentlichen unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit untersucht. Obwohl sich im Grundgesetz keine ausdrückliche Erwähnung findet, stützt die herrschende Meinung die Gewährleistung auf Art. 2 Abs. 1 GG, soweit nicht spezielle Grundrechte für einzelne Bereiche vorgehen (Maunz-Dürig, GG Art. 2 Abs. 1, RN 53). Die "freie Entfaltung der Persönlichkeit" schließt schon begrifflich die menschliche Handlungsfreiheit und damit auch die Privatautonomie ein.
Enneccerus-Nipperdey, § 15 II 1 u. 5; Anm. 76 u. 77, § 137 Anm. 13, § 163 V, § 189 I; Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., § 5, 2, § 6; Fikentscher, Schuldrecht, § 21 II u. III, 2; Flume AT II, 1, 10a; Larenz, Schuldrecht I, § 5 IV; Erman-Hefermehl, vor § 145 Anm. II, 1; RGRK-Krüger-Nieland, vor § 104 Anm. 1; Palandt-Danckelmann, vor § 145 Anm. 3a; Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, Festschrift für H. Nawiasky, 1956, S. 157 (159, 168); Hamann, Das Grundgesetz, 2. Aufl. 1960, Art. 2 Anm. B 3 d; Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. 1, RN 53-65, in RN 53 wird betont, daß Art. 2 Abs. 1 GG als lex generalis anzusehen sei, soweit mögliche Erscheinungsformen der Vertragsfreiheit nicht von Spezialgrundrechten erfaßt würden; Leisner, Grund-

ordnung ist nicht denkbar ohne die private Entschluß- und Gestaltungsfreiheit des einzelnen. Jeder ist innerhalb der herrschenden Rechtsordnung frei, ob und mit welchem Inhalt er seinem Willen rechtliche Wirksamkeit verleihen will. Sobald aber der Staat die Regelung der Rechtsbeziehungen der Bürger untereinander restlos an sich zieht, indem er z.B. jeglichen Vertragsschluß und dessen Ausgestaltung hoheitlich festsetzt, läßt sich nicht mehr von einer Privatrechtsordnung sprechen, da in Wirklichkeit dann der Staat den gesamten Rechtsverkehr der Bürger untereinander öffentlich-rechtlich, und zwar hoheitlich bestimmt.

Die Privatautonomie läßt sich jedoch nicht nur durch unmittelbar gesetzliche Eingriffe aushöhlen. Sie ist ebenso gefährdet, wenn richterlicher Interventionismus überhand nimmt.¹⁾ Der auslegende Richter ist nicht Herr über das Rechtsgeschäft. Er kann nicht an die Stelle der privatautonom gesetzten Regelung eine andere setzen, deren Inhalt er danach bestimmt, was die Parteien vernünftigerweise hätten bestimmen sollen.²⁾ Diese Gefahr besteht immer dann, wenn ein übereinstimmendes tatsächliches Verständnis der Beteiligten über eine rechtsgeschäftliche Regelung fehlt und der Inhalt aufgrund äußerer Merkmale normativ festzulegen ist. Die Gefahr vergrößert sich noch, wenn die Beteiligten für den Fall einer Veränderung be-

2) v.S. 9 -Fortsetzung-
rechte und Privatrecht, 1960, S. 323; einschränkend Raiser, JZ 1958, 1(5); ablehnend: v. Mangoldt-Klein, Art. 2 Anm. II, 2 und III, 5b; Ballerstedt, Staatsverfassung und Wirtschaftsrecht, DÖV 1951, 159(160); Haas, DÖV 1954, 70(71); Rasch, WuW 1955, 667(672).

1) Esser, § 242 und die Privatautonomie, JZ 1956, 555(556).

2) Flume AT II, § 16, 3a.

stimmter Umstände keine Regelung getroffen haben und gleichwohl eine Lösung verlangen. Hier muß der Richter eine Regelung finden, die den Interessen der Beteiligten gerecht wird und dem öffentlichen Interesse ¹⁾ an einem geordneten Privatrechtsverkehr dient.

Privatautonomie kann nicht schrankenlos gelten. Es geht nicht an, die "Integrität der Privatautonomie als unverrückbare Grundnorm" ²⁾ in jedem Fall voranzustellen. Denn zwischen der gesetzlichen Anerkennung rechtsschöpferischer Macht des einzelnen und der Sozialbindung menschlichen Handelns besteht eine natürliche Antithese. Für das moderne Privatrecht ist der Gedanke der Sozialpflichtigkeit aller Rechte und Freiheiten kennzeichnend. ³⁾ Damit findet die Privatautonomie ihre Grenzen in der Gerechtigkeitsidee und in der Tatsache, daß die Rechtsordnung sich nur in einer Rechtsgemeinschaft entfalten kann. ⁴⁾

Die Auslegung des Rechtsgeschäfts soll die Privatautonomie verwirklichen, indem sie dem Willen der Beteiligten Rechnung trägt. Sie soll zugleich die Schranken der Rechtsgemeinschaft beachten, in der die Privatautonomie verwirklicht werden soll. Auf dieser Grundlage ist die Frage nach dem maßgebenden Zeitpunkt für die Auslegung eines Rechtsgeschäfts darauf gerichtet, mit welchem Inhalt ein in der Vergangenheit privatautonom gestaltetes Rechtsgeschäft in der Rechtsgemeinschaft der Gegenwart zu verwirklichen ist.

1) R.Reinhardt, Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge, Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, S.115(124); "Öffentliches Interesse prägt jede Privatrechtsordnung insofern mit, als ihren auf den Schutz privater Interessen und privater Initiative gegründeten Institutionen stets zugleich die Gestalt gegeben wird, die auch die größtmögliche Garantie eines geordneten Zusammenlebens aller im Sinne der Förderung des öffentlichen Wohles bietet."

2) Esser, JZ 1956, 555(557).

3) Reinhardt, a.a.O., S.132.

4) Erman-Westermann, Einl. § 104 Anm.2.

1. Teil: Grundlagen einer Auslegung des Rechtsgeschäfts

I. Allgemeine Hermeneutik und juristische Auslegung

"Jede objektive Bekundung der geistigen Aussage eines Menschen, die sich an das Verständnis der Mitmenschen wendet, setzt beim Vorliegen eines Erkenntnisinteresses am Verstehen eine auslegende Tätigkeit mit dem Ziele in Bewegung zu verstehen, welchen Sinn jene Bekundung in sich trägt." ¹⁾ Die Bedeutung der Auslegung liegt darin, den Sinn einer objektiv vorliegenden geistigen Aussage zu erfassen und damit ihren Gehalt festzustellen. ²⁾ Diese Begriffsbestimmung ist der juristischen Auslegung mit den anderen Geisteswissenschaften gemeinsam.

Nicht nur das gesprochene oder geschriebene Wort, sondern jede sinnhaltige Form, in der sich ein menschlicher Gedanke verobjektiviert hat, ist auslegungsfähig. Dieser im weitesten Sinne zu verstehende Begriff ³⁾ bildet jedoch zugleich die Grenze jeder auslegenden Tätigkeit, da es nur angesichts einer sinnhaltigen Form eine Auslegung geben kann. ⁴⁾ Dabei wird nicht vorausgesetzt, daß der Gedanke zu dem Zweck einer bewußten Darstellung geäußert worden ist oder mit einer auf das soziale Leben bezüglichen Kundgebungs- und Mitteilungsabsicht, sofern nur ein gegenwärtiges Erkenntnisinteresse besteht, das auch darin liegen kann, aus einem menschlichen Verhalten eine Stellungnahme oder eine Einstellung zu ent-

1) Betti, S. 79.

2) Savigny (System III, S. 244; Obligationenrecht II, S. 189) und im Anschluß daran Flume (AT II, § 16, 1a) bezeichnen als Zweck der Auslegung, "den in dem toten Buchstaben niedergelegten lebendigen Gedanken vor unserer Betrachtung wieder entstehen zu lassen." Dieser Zweck der Auslegung sei gleichmäßig bei der Gesetzgebung wie bei jeder Art der Willenserklärung (Savigny, Obligationenrecht, a. a. O.). Dies ist insofern ungenau, als auch die Auslegung einer Willenserklärung kraft schlüssigen Verhaltens möglich ist.

3) Vgl. Betti (S. 81), der mit Aldechi Baratonio (Il mio paradosso, Sammlung Filosofi ital. contemporanei, 1947, Sonderabdruck S. 24 f.) den Begriff "Form" definiert als einen einheitlichen Strukturzusammenhang, in dem mehrere wahrnehmbare Elemente aufeinander bezogen sind, und zwar ein solches, der geeignet ist, das Gepräge dessen zu bewahren, der ihn geschaffen oder verkörpert hat.

4) Betti, S. 81.

nehmen, die jenes Verhalten objektiv bestimmt.¹⁾

Ziel der Auslegung ist es, den geistigen Inhalt einer sinnhaltigen Form zu verstehen, die geistige Bedeutung ihres Sinnes zu erfassen.²⁾ Die Auslegung erschöpft sich nicht in dem rein "äußerlichen" Vorgang, den fremden Gedanken nachzuvollziehen. Damit wäre lediglich das Endresultat und gewissermaßen ihre äußere Seite vollzogen, der Auslegende würde nicht zu der Auffassung oder Wertschätzung vordringen, die den fremden Gedanken motivieren. Um den inneren materiellen Gehalt, um den wahren Sinn der auszulegenden Form zu begreifen, muß die Auslegung tiefer dringen und zu einem rechten Verstehen werden, wenn sie den Anforderungen der Geisteswissenschaften gerecht werden soll, deren maßgebliche Kriterien nach moderner Auffassung Sinn und Verstehen bilden.³⁾

Die Anregung des Erkenntnisinteresses, die von einer sinnhaltigen Form ausgeht, führt dazu, die Auslegung zu einem Prozeß zu gestalten, in dem einem in sinnhaltiger Form objektivierten Geist der Interpret als lebendiger und denkender Geist gegenübersteht. Dessen Aufgabe ist es, in der Objektivierung den beseelenden Gedanken ihres Schöpfers wiederzuer-

1) Betti, S.83 f.

2) Coing, Methode, S.13.

3) Engisch, Einführung in das juristische Denken, S.71 und Anm.60, S.205 mit Nachweisen zur Begriffsgeschichte und zum Wesen der Geisteswissenschaften. Der Begriff des "Sinnes" zählt zu den problematischsten philosophischen Begriffen überhaupt. R.Lauth (Die Frage nach dem Sinn des Daseins, 1953, § 8) unterscheidet allein 16 Bedeutungen.

Ebenso vielschichtig ist der Begriff des "Verstehens", der in einem teleologischen Verhältnis zur Auslegung steht, vgl. Betti, S.91 Anm.14 b m.N. Das Phänomen des Verstehens, wie es W.v.Humboldt (Werke, hrsg.v.Leitzmann, Bd.VI, 1827-29, S.121 f., 177, Bd.VII, 1830-35, S.56 f., 177) erschlossen hat, besteht darin, daß bei Vermittlung der Sprache die menschliche Rede für den Zuhörer eine Anregung darstellt, das Wahrgenommene von innen heraus nachzukonstruieren und damit den durch das Wort zum Ausdruck gelangten Gedanken durch einen gestaltenden, formgebenden Vorgang mit eigenen Denkkategorien erneut zu vollziehen (vgl.Betti, S.92).

kennen und nachzudenken. Das Verstehen wird so zu einem Akt des Wiedererkennens und Nachkonstruierens des Sinnes in der Person des Interpreten und damit zu einer Umkehrung des schöpferischen Prozesses, indem der Interpret den schöpferischen Weg in umgekehrter Richtung gestaltet, dessen Nach-Denken er in seinem Inneren durchzuführen hat.¹⁾ Da die Auslegung unter der Idee der formal und material zutreffenden Erkenntnis ihres Ergebnisses steht, ist sie eine wissenschaftliche Tätigkeit.²⁾ Zugleich ist sie jedoch als Kunst³⁾ anzusehen, als die von bestimmten Methoden geleitete Kunst der Wahrheitsfindung⁴⁾, weil die Erkenntnis auf einem schöpferischen Weg durch den Interpreten gewonnen wird.

Um den schöpferischen Vorgang, wenn auch in umgekehrter Richtung, nachzuvollziehen, bedarf es einer objektiven und subjektiven Gleichstellung des Interpreten mit dem Urheber.⁵⁾

Dies führt jedoch zu der Antinomie zweier Forderungen, denen die Auslegung gleichermaßen gerecht werden soll, und zwar der Forderung der Treue gegenüber dem ursprünglichen Sinngehalt und der Forderung der nachschaffenden Spontaneität, die von der Aktualität des Verstehens herkommt.⁶⁾ Einerseits verlangt

1) Betti, S.93 ff., S.95 Anm.19 m.N.; Schleiermacher (Hermeneutik, S.10 f., 135, 145, 278) geht von der "Einheit von Denken und Sprechen" aus und erklärt, "daß jeder Akt des Verstehens die Umkehrung eines Aktes des Redens ist, indem in das Bewußtsein kommen muß, welches Denken der Rede zum Grunde gelegen."

2) Larenz, Methodenlehre, S.236; Savigny, System I, S.206.

3) Savigny, System I, S.211; Schleiermacher, Entwurf zur Hermeneutik, 1819, S.82, 87: "Die Kunst kann ihre Regeln nur aus einer positiven Formel entwickeln, und diese ist das geschichtliche und divinatorische objective und subjective Nachkonstruieren der gegebenen Rede"; Hermeneutik, S.7, 15.

4) Larenz, Methodenlehre, S.236.

5) Schleiermacher, Entwurf, S.88; Betti (S.94) spricht von einer Verlegung der Subjektivität.

6) Betti, S.95, 115, 139: Treue nicht gegenüber dem bloßen Wortlaut und dem Buchstaben, sondern gegenüber dem Gedanken des Autors und dem Sinngehalt der Form.

die Auslegung Objektivität, indem der Interpret den zu verstehenden Sinn so getreu wie möglich nachkonstruieren soll, wie er sich aus der sinnhaltigen Form ergibt. Andererseits ermöglicht erst die Subjektivität des Interpretieren eine derartige Objektivität.¹⁾ Dadurch entsteht ein Spannungsverhältnis, das letztlich auf das problematische Zeitmoment jeder Auslegung zurückzuführen ist, da unter dem Blickpunkt der Vergangenheit und Gegenwart zwei verschiedene Ebenen miteinander in Einklang zu bringen sind. Die Objektivität fällt in den Bereich der Vergangenheit, da sie der sinnhaltigen Form zugehört, die in der Vergangenheit entstanden ist. Die Subjektivität dagegen, von der die Spontaneität des aktuellen Verstehens nicht zu trennen ist²⁾ beruht auf der Existenz des Interpretieren in der Gegenwart. So wie die Dialektik jedes Erkenntnisprozesses auf der Antinomie zwischen der Aktualität des Subjekts und dem Anderssein des Objekts beruht, folgt aus der Antinomie zwischen dem subjektiven Moment des Verstehens und dem objektiven Moment des Sinnes, der aus der sinnhaltigen Form zu gewinnen ist, die ganze Dialektik des Auslegungsprozesses.³⁾

In der Lehre der allgemeinen Hermeneutik sind für den Auslegungsprozeß grundlegende Regeln entwickelt worden, die auch für die juristische Auslegung von Bedeutung sind⁴⁾ und sich zum Teil in ihren Anklängen über die Digesten Iustinians bis in die klassische römische Jurisprudenz zurückverfolgen lassen. Seit Schleiermacher bezeichnet man diese Regeln als "Canones" für die Auslegung.

1) Betti, S. 95. Ohne Subjekt, das sich in den Sinngehalt der Form hineindenkt, ist eine Erkenntnis des Objekts und damit eine Objektivität, die nicht völlig isoliert, sondern in Beziehung zu ihrer Umwelt steht, überhaupt nicht möglich.

2) Betti, S. 96.

3) Betti, S. 98.

4) Coing (Methode, S. 18 ff.) hat gezeigt, wie bei Gegenüberstellung sich eine Übereinstimmung ergibt zwischen den Regeln der allgemeinen Hermeneutik und den Gesichtspunkten, die unmethodisch, unsystematisch, empirisch oder aus bestimmten philosophischen Entwicklungen in der Rechtswissenschaft aufgetaucht sind.

1. Der Kanon der hermeneutischen Autonomie besagt, daß die sinnhaltige Form in ihrer Eigengesetzlichkeit auszulegen ist. Der Interpret hat sich auf das Wesen der Form einzustellen, das sie von ihrem Urheber empfangen hat, um so den Sinn von innen heraus zu entwickeln und nicht von außen hineinzulegen; denn dies würde lediglich zu einer zufälligen Wertung heteronomen Charakters führen.¹⁾

2. Als zweiter Kanon kommt der Gesichtspunkt der Einheit des auszulegenden Werkes in Betracht. Zwischen der Einheit des Ganzen und den einzelnen Elementen eines Werkes besteht eine Wechselwirkung, die es ermöglicht, das Ganze aus dem Einzelnen, das Einzelne aus dem Ganzen zu verstehen.²⁾ Im Bereich des Rechts läßt sich dieser Kanon sowohl bei der Auslegung von Rechtsnormen als auch von Willenserklärungen verwenden und bietet die Möglichkeit, die Beziehung von Teilen und Ganzen unter einem jeweils umfassenderen Gesichtspunkt weiterzuentwickeln. So lassen sich die einzelnen Teile zu der Willenserklärung als Ganzen, die Willenserklärung zu dem Vertrag, der Vertrag wiederum zu dem betreffenden Rechtsgebiet und dieses schließlich zu der gesamten Rechtsordnung in Beziehung setzen.³⁾ Damit werden der Wirkungszusammenhang und die orga-

1) Schleiermacher, Hermeneutik, S. 205; Coing, Methode, S. 13 f.; Betti, S. 99 f., S. 100 Anm. 24 unter Hinweis auf W. v. Humboldt, Herder, Ranke, Droysen, J. Burckhardt, M. Weber; Flume AT II, § 16, 3. Vgl. Celsus D. 1, 3, 17, D. 33, 10, 7, 2: Vorrang der "vis ac potestas" und der "mens dicentis" gegenüber der "vox dicentis".

Diese Regel, auch Kanon der Immanenz des hermeneutischen Maßstabs (Betti, S. 100) oder Kanon der Objektivität (Coing, Methode, S. 13) genannt, läßt sich zusammenfassen in dem Satz: "Sensus non est inferendus sed efferendus".

2) Staiger, S. 11; Coing, Methode, S. 14; Betti, S. 101 ff., der von dem Kanon der Ganzheit (Totalität) und des inneren sinnhaften Zusammennangs der hermeneutischen Betrachtung spricht; Schleiermacher, Hermeneutik, S. 33, 36 f., 39 Anm. 1, 69, 97 f., 103, 144, 158 f.; Celsus D. 1, 3, 24: Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere.

3) Betti (S. 105) führt aus, daß die umfassende Ganzheit auch unter objektiver Bezugnahme auf das Kultursystem aufgefaßt werden könne, dem das auszulegende Werk zugehöre, sofern dieses ein Glied in der Kette der zwischen Werken ver-

nische Wechselbeziehung, die zwischen einem Teil und dem Ganzen bestehen, Erkenntnismittel für den Sinn der Form.

3. Nach dem Kanon der genetischen Auslegung ist jede sinnhaltige Form aus ihrem Ursprung her zu begreifen. Der Gedanke bedarf zu seiner Äußerung einer Form als objektiver Gegebenheit. Auf der einen Seite ist er Ausdruck eines individuellen Geistes, auf der anderen Seite ist er formuliert in einer geschichtlich gewordenen, objektiv festliegenden Form.¹⁾ Dies führt zu einem Dualismus bei der Auslegung, die der Frage nach der Persönlichkeit des Autors²⁾ und der objektiven Form, in der er sich ausdrückt, nachzugehen hat.

4. Der Kanon der Auslegung aus der Sachbedeutung geht von der Einsicht aus, daß jedes Werk einerseits eine innere Form hat und andererseits auf einen jenseits des Ausdrucks stehenden inneren Sachzusammenhang hinweist.³⁾ So kann z.B. ein wissenschaftlicher Satz als Teil eines individuellen Systems, aber auch als Erkenntnisaussage schlechthin verstanden werden.⁴⁾ Stellt man bei dieser Auslegung allein auf den Sachzusammenhang ab und läßt die Person des Autors sowie die historischen Umstände, unter denen sein Werk entstanden ist, außer Betracht, ergibt sich die Möglichkeit, daß das Werk eine Bedeutung annimmt, die über das Ziel und Bewußtsein des Autors hinausgeht.⁵⁾

3) v.S. 16 -Fortsetzung-
wandten Sinngehaltes und verwandten Kunstvollens bestehenden Sinnzusammenhänge darstelle.

1) Coing (Methode, S.14 f.): "Der genetisch-historische Gesichtspunkt führt zu einer doppelten Interpretationsgrundlage, zu einer subjektiven und einer objektiv-geistesgeschichtlichen."

2) Schleiermacher (Hermeneutik, S.156) spricht von der Totalität des Lebens.

3) Coing (Methode, S.15); von Schleiermacher (Hermeneutik, S.149, 201) "technische" Auslegung genannt.

4) Coing, Methode, S.16.

5) Coing, a.a.O. Dies ist die Erscheinung der überschießenden Bedeutung eines Geisteswerkes.

5. Schließlich ist der Kanon des Vergleichs ¹⁾ zu nennen. Indem zur Interpretation eines Werkes als Mittel des Vergleichs andere Werke desselben Autors, der gleichen Zeit oder der gleichen Gattung herangezogen werden, tritt die Besonderheit des Einzelwerkes hervor. Dies führt nicht nur zu der Erkenntnis im einzelnen Falle, sondern ist zugleich der den Geisteswissenschaften eigentümliche Weg, allgemeine Erkenntnisse zu gewinnen.²⁾

Eine wissenschaftliche Interpretation muß grundsätzlich jeden dieser fünf Gesichtspunkte berücksichtigen. Sie stehen gleichberechtigt nebeneinander. Die Auslegung wird also nicht von vornherein durch ein einziges Prinzip beherrscht.³⁾

Nach der allgemeinen Hermeneutik hat der Interpret die alleinige Aufgabe, in der fremden, vergangenen ⁴⁾ Bekundung eines Gedankens den gemeinten Sinn aufzufinden.⁵⁾ Das Ziel einer juristischen Auslegung geht jedoch darüber hinaus. Zwar enthält auch sie ein erkenntnismäßiges Moment, das darauf abzielt, einen Gedanken wiederzuerkennen. Dazu treten jedoch eine praktische Ausrichtung und normative Funktion. Bei der Auslegung einer Rechtsnorm sind die maßgeblichen Maximen der Entscheidung und des praktischen Verhaltens zu gewinnen, die im sozialen Leben zu beobachten und anzuwenden sind.⁶⁾ Da das Recht im Leben wirkt und auf das Leben einwirken soll, wird

1) Schleiermacher, Hermeneutik, S. 105; Coing, Methode, S. 17.

2) Coing, Methode, S. 17, unter Hinweis auf Dilthey.

3) Coing, Methode, S. 18.

4) Betti, S. 113 Anm. 44a m.N.: "Als Anderssein ist, gegenüber der Lebensaktualität der jeweiligen Gegenwart, auch unsere Vergangenheit selbst anzusehen, insoweit sie aus dieser Aktualität herausgetreten ist und Gegenstand unserer bewußten Rückbesinnung wird."

5) Betti, S. 113, 122.

6) Betti, S. 133.

es selbst ein Stück Leben.¹⁾ So kommt der Gesetzesauslegung die Aufgabe zu, die Rechtsnorm stetig der fortschreitenden Lebenswirklichkeit anzupassen und im Wege des Verstehens am Leben zu erhalten, um die ununterbrochene Wirksamkeit von Richtlinien des Verhaltens, Normen und normativen Interessenwertungen zu garantieren, die das Leben einer Gemeinschaft ordnen sollen.²⁾

Die Auslegung der Willenserklärung hat die praktische Funktion, den für das Recht maßgebenden Sinn zu ermitteln³⁾, mit dem der Erklärende kraft seiner Selbstbestimmung das Rechtsverhältnis regelt. Dabei tritt zu dem auf die Vergangenheit bezogenen kognitiven Moment das gegenwärtige Bedürfnis, bestimmte menschliche Beziehungen innerhalb des Rechtsverkehrs eindeutig zu regeln und dieser Regelung einen für das praktische wirtschaftliche und soziale Leben brauchbaren Sinngehalt zu verleihen.

Das kognitive Moment der Auslegung besteht darin, die der Willenserklärung zugrunde liegenden Tatsachen festzustellen. Hierzu zählt die Frage, welchen Willen der Erklärende hatte, unter welchen Umständen und zu welchem Zweck er die Erklärung abgab, ob eine Verkehrssitte oder bestimmte nach Treu und Glauben zu berücksichtigende Anschauungen bestanden, die den Inhalt der Erklärung beeinflusst haben.

Damit ist jedoch noch nicht der rechtlich maßgebende Sinn ermittelt. Die Feststellung des Willens ist davon zu unterscheiden, ob und mit welchem Inhalt er rechtlich in Betracht zu ziehen ist.⁴⁾ Der Zweck, den der Erklärende verfolgte und

1) Dahm, Deutsches Recht, 2. Aufl. 1963, S. 40.

2) Betti, S. 134.

3) Enneccerus-Nipperdey, § 205; Flume AT II, § 16, 1b; Lange AT, § 43 I 1a; Larenz, Methode, S. 11; Lehmann-Hübner AT, § 30 VI, 1; v. Tuhr AT II, 1, S. 542; Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 189 ff.; Erman-Westermann, § 133 Anm. 3; Palandt-Danckelmann, Einf. vor § 116 Anm. 2a; RGRK-Krüger-Nieland, § 133 Anm. 1; Soergel-Hefermenl., § 133 Anm. 1; Staudinger-Coing, § 133 Anm. 1.

4) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 206 VIII, 1 Anm. 52 unter Hinweis auf RG SeuffA 64, 137.

damit sein Interesse an einer für ihn günstigen Rechtsfolge sind dem unter Umständen entgegenstehenden Interesse anderer an dem Rechtsgeschäft beteiligter Personen gegenüberzustellen und abzuwägen. Das in der Verkehrssitte und dem Prinzip von Treu und Glauben enthaltene tatsächliche Moment ist umzusetzen in den rechtlich relevanten Sinn, der dem Rechtsgeschäft zukommt.

Die Auslegung des Rechtsgeschäfts geht damit über eine reine Tatsachenfeststellung hinaus. Sie hat die festgestellten Tatsachen zu beurteilen, um ihren rechtlich maßgebenden Sinn zu ermitteln. Dabei ist der Bereich der Auslegung nicht auf die Deutung bereits festgestellter Tatsachen zu beschränken.¹⁾

Auszulegende Tatsache ist die Willenserklärung; der Inhalt der Erklärung wird aber seinerseits unter Umständen von einer bestimmten Verkehrssitte als weiterer Tatsache beeinflusst. So kann beispielsweise die Frage, ob eine bestimmte Verkehrssitte existiert, als Tatsachenfeststellung qualifiziert werden. Daran schließt sich die weitere Frage an, welchen Inhalt die Verkehrssitte dem Rechtsgeschäft gegeben hat. Diese Wertung, die aus den festgestellten Tatsachen den Inhalt des Rechtsgeschäfts ermittelt, ist von der weiteren Wertung zu unterscheiden, welche Rechtsfolgen ein Rechtsgeschäft mit diesem Inhalt auslöst.

Die Auslegung des Rechtsgeschäfts läßt sich am besten dadurch kennzeichnen, daß man sie weder als Tatsachenfeststellung noch als Rechtsanwendung klassifiziert, sondern sie zu einem selbständigen Bereich praktischer Rechtsanwendung erklärt, der beide Momente vereint, und sich nur sinngemäß in das gesetzliche Schema von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung

1) Larenz, Methode, S. 11: "Auslegung ist Feststellung der Bedeutung, die einem wahrgenommenen Vorgange zukommt; sie hat es nicht mit der Feststellung, sondern mit der Deutung von Tatsachen zu tun."

einordnen läßt.¹⁾ Reine Tatsachenfeststellung ist die Auslegung deshalb nicht, weil sie, insbesondere bei der normativen Auslegung, den Inhalt des Rechtsgeschäfts in einer rechtlichen Wertung bestimmt. Sie ist aber auch keine reine Rechtsanwendung, weil sie die für den Inhalt des Rechtsgeschäfts maßgeblichen Tatsachen erst ermittelt. Daran erst schließt sich die rechtliche Subsumtion an, aus der sich die Rechtsfolge ergibt.

Mit diesen zwei Momenten der Tatsachenfeststellung und der Wertung umfaßt die Auslegung auch zeitlich zwei Bereiche. Die Feststellung tatsächlicher Umstände, die für den Inhalt des Rechtsgeschäfts zur Zeit seiner Entstehung maßgebend waren, ist in die Vergangenheit gerichtet. Die Wertung dieser Tatsachen zu dem rechtlich maßgebenden Inhalt des Rechtsgeschäfts verfolgt den Zweck, eine in der Gegenwart zu verwirklichende Regelung zu treffen. Diese Differenzierung ist von entscheidender Bedeutung für den maßgebenden Zeitpunkt der Auslegung eines Rechtsgeschäfts. Sie zeigt, daß die Auslegung nicht an einen Zeitpunkt gebunden ist, der in der Vergangenheit liegt, und damit nicht prinzipiell ausschließt, gegenwärtige Umstände zu berücksichtigen. Im Gegenteil verlangt gerade das auf die Gegenwart bezogene Wertungsmoment, die Auslegung zeitnah vorzunehmen und das Rechtsgeschäft mit einem Inhalt zu vollziehen, der den tatsächlichen Gegebenheiten der Gegenwart gerecht wird. Dabei ist methodisch auf die einzelnen Elemente abzustellen, die den Inhalt eines Rechtsgeschäfts bestimmen.

Die Methode der Auslegung wird teleologisch bedingt durch das Resultat, das mit ihr erzielt werden soll. Die Prinzipien der Auslegung müssen sich auf den Gedanken des Zwecks zurückführen lassen, dem die Auslegung als ein Teilstück der Rechtsanwendung zu dienen bestimmt ist.²⁾

1) Vgl. Soergel-Siebert-Knopp, § 157 Anm.127.

2) Larenz, Methode, S.2.

Die erkenntnismäßig ausgerichteten Regeln der allgemeinen Hermeneutik sind bei der Auslegung einer Willenserklärung durch spezifisch juristische Gesichtspunkte zu ergänzen, die dem Zweck der Auslegung gerecht werden, den Inhalt einer privatrechtlichen Regelung nach allgemeingültigen Kriterien zu bestimmen.

Die Auslegung hat davon auszugehen, daß die Privatautonomie und das Rechtsgeschäft, in dem der individuelle rechtsschöpferische Wille sich verwirklicht, die bewegenden Faktoren des Privatrechts darstellen, das *primum principium*, das den Anstoß zu allen privatrechtlich bedeutsamen Tatbeständen gibt.¹⁾ Dazu tritt das Prinzip von Treu und Glauben im Rechtsverkehr,²⁾ mit dem der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes in engem Zusammenhang steht. Während Privatautonomie und rechtsschöpferischer Wille zu der subjektiven Sphäre des Autors der Willenserklärung gehören, sind Vertrauensschutz sowie Treu und Glauben auf die beteiligten Personen bezogen und damit Ausdruck eines objektiven Erfordernisses des Rechtsverkehrs. Diese subjektiven und objektiven Momente verknüpft der Gedanke des gerechten Interessenausgleichs, der als gesetzgeberisches Motiv sowie als Leitstern der Auslegung im Privatrecht von grundlegender Bedeutung ist. Denn die Abwägung der widerstreitenden Interessen aller Beteiligten mit dem Ziel, einen möglichst³⁾ gerechten Ausgleich zu erreichen, führt zu einer Gesamtwürdigung der subjektiven und objektiven Momente und ermöglicht damit, das abschließende Ergebnis der Auslegung unter einem einheitlichen Gesichtspunkt zu finden.

II. Geschichte der Auslegung des Rechtsgeschäfts

Das Recht des BGB steht in einem Traditionszusammenhang, der

- 1) Staudinger-Coing, Einl.vor § 104 Anm.2d.
- 2) Dieses Prinzip hat positivrechtlich in den §§ 157 und 242 BGB seinen Ausdruck gefunden.
- 3) Diese Einschränkung ist erforderlich angesichts der Einsicht, daß es praktisch unmöglich ist, ein absolut gerechtes Ergebnis zu finden. Dies wäre nur denkbar bei einer rein objektiven Betrachtungsweise, die wiederum durch die Notwendigkeit eines denkenden Subjekts ausgeschlossen ist. So läßt sich die Rechtsordnung in Selbstbescheidung nur als Versuch eines Interessenausgleichs begreifen.

über das Mittelalter bis in die Antike reicht. So zeigt ein Blick in die Geschichte, daß die Auslegung der Willenserklärung seit dem Ausgang der römischen Republik durch den Gegensatz von objektiven und subjektiven Momenten beherrscht wird. Ursprünglich herrschte im römischen Recht wie in allen archaischen Rechten eine streng objektive Wortinterpretation. Diese beruhte auf dem unbedingten Formalismus, der den Eintritt der Rechtswirkung grundsätzlich an den Gebrauch bestimmter, feststehender Wortformeln band.¹⁾ Darin wirkte ein Glaube an die rechtsgestaltende Kraft rituellen Handelns nach.²⁾ Die Juristen der ausgehenden Republik verfeinerten die archaische Wortauslegung mit den Mitteln der inzwischen entwickelten Wissenschaften der Grammatik und Etymologie und kamen so zu einer grammatisch-philologischen Auslegung.³⁾

Unter dem Einfluß der griechischen Rhetorik, die den Widerstreit zwischen Wort und Wille, zwischen strenger Wortauslegung und freier Interpretation offenbarte⁴⁾, gewann die Frage nach dem Parteiwillen Bedeutung als Auslegungsgesichtspunkt.⁵⁾ Dieser Vorgang wurde begünstigt durch die Ausbreitung der formfreien Alltagsgeschäfte und die Erkenntnis, daß die Wirkung der Willenserklärung auf den Willen ihres Autors zurückzuführen sei.⁶⁾ In klassischer Zeit wurde der Wille

1) Vgl. zu den Formulargeschäften des römischen Rechts Kunkel, Römisches Privatrecht, 3. Aufl. 1949, S. 89 ff.; Kaser, Das römische Privatrecht, 1955, Bd. I, S. 34 ff. m.N. Ursprünglich handelte es sich um Realformen, die den Inhalt des Aktes selbst verkörperten, z.B. vindicatio, mancipatio, manus iniectio. Dazu kamen reine Streitformen und solche sakralen oder staatsrechtlichen Ursprungs.

2) Kaser I, S. 163.

3) Coing, Methode, S. 7.

4) Hierüber Nachweise bei Kunkel, S. 82 Anm. 1. Im Jahre 93 v. Chr. führte die sogenannte causa Curiana, ein Erbschaftsstreit über Pupillar- und Vulgarsubstitution, zu besonderem Aufsehen, vgl. Cicero de orat. 1, 180.

5) Pap. D. 50, 16, 219: in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. Paul. D. 34, 5, 3: in ambigue sermone non utrumque dicimus, sed id tantum quod volumus. Ferner: D. 2, 14, 7, 8; D. 18, 1, 6, 1. Zu dem gesamten Fragenkreis Kunkel, S. 82 ff.; Kaser I, S. 206 ff. m.N.; Manigk, Hwb. d. RW., S. 430.

6) Die heutige scharfe Trennung zwischen Wille und Erklärung war im römischen Recht unbekannt, was für die Irrtumslehre bedeutsam ist.

jedoch nur bei objektiver Mehrdeutigkeit der Erklärung berücksichtigt¹⁾; auch blieben die altzivilen Formalgeschäfte einer freien Auslegungsmethode weitgehend verschlossen. Erst in nachklassischer Zeit führte der erneute Einfluß der hellenistischen Willensdoktrin zu einer schematischen und vielfach zu sehr betonten Berücksichtigung des Parteiwillens.²⁾

Im älteren deutschen Recht lag im Verhältnis von Wille und Erklärung das Hauptgewicht auf der Erklärung.³⁾ Auch die römisch-rechtlich bestimmte mittelalterliche Jurisprudenz folgte einer strengen Wortinterpretation, obwohl theoretisch die Willensmaxime anerkannt war. Die Kodifikationen seit der Aufklärungszeit⁴⁾ lehnen die Wortauslegung ausdrücklich ab.

Beim Entwurf des BGB wurde in Anlehnung an Art.278 des "Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches"⁵⁾ daran festgehalten, daß der Grundsatz der Willenserforschung einer strengen Wortauslegung vorzuziehen sei.⁶⁾ Obwohl die Verfasser des Gesetzes die Erforderlichkeit einer entsprechenden gesetzlichen Regelung bezweifelten⁷⁾, verwarf die zweite Kommission einen Antrag auf Streichung der Bestimmung. Dies erfolgte mit Rücksicht auf die "wohlthätigen Wirkungen", die Art.278 ADHGB als entsprechende Vorschrift geäußert habe.⁸⁾

1) Paul.D.32,25,1: cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.

2) Vgl. zur animus-Forschung Nachweise bei Kunkel, S.83 Anm.6; Kaser II, S.58 f.

3) Mitteis-Lieberich, S.23.

4) ALR I,4 §§ 65 ff., I,5 §§ 252 ff.; code civil Art.1156, 1164; ADHGB Art.278.

5) ADHGB vom 24.Juni 1861 (Gesetzessammlung S.449), Art.278: "Bei Beurtheilung und Auslegung der Handelsgeschäfte hat der Richter den Willen der Kontrahenten zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften."

6) Erster Entwurf § 73.

7) Mot. I,155.

8) Protokolle I,68.

In § 133 BGB ist die Maxime der Willenserforschung Gesetz geworden.

Neben § 133 BGB ist die Bestimmung des § 157 BGB von grundlegender Bedeutung. Hiernach hat die Auslegung so zu erfolgen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.¹⁾ Das Prinzip von Treu und Glauben in seinem allgemeinen Sinne fand seine erste rechtliche Konkretisierung im antiken römischen Recht. Die bona fides war bedeutsam als Verpflichtungsgrund bei den ursprünglich nicht klagbaren Verträgen ex fide bona²⁾ und bildete bei den sogenannten bonae fidei iudicia³⁾ den Maßstab für den Inhalt des Anspruchs. Die darin liegende Ermächtigung des römischen Prätors an den iudex, den Urteilsinhalt nach der bona fides zu bestimmen, kann als Vorbild für den Gesetzgeber des BGB angesehen werden, dem Richter durch Generalklauseln Raum für eigenverantwortliche Rechtsfindung zu überlassen. Ihrem Ursprung nach steht die fides jenseits der Rechtsordnung.⁴⁾ Ihr Einfluß führte jedoch zu wichtigen Fortschritten in der Rechtsentwicklung, wodurch die außerrechtliche Bindung durch die fides zur Quelle echter Rechte und Rechtspflichten werden konnte.⁵⁾ Heute beherrscht das Prinzip von Treu und Glauben als Rechtsgrundsatz⁶⁾ unsere gesamte Rechtsordnung.⁷⁾

1) Vgl. als Vorbild SachsBGB, § 858; code civil Art.1134,1135; ALR I,5 § 270.

2) Kunkel, Festschrift Koschaker II,S.5; Kaser I,S.181.

3) Der Kreis der bonae fidei iudicia im klassischen römischen Recht ist bestritten, vgl. Kunkel, S.165 Anm.11.

4) Der Begriff "Treu und Glauben" im modernen Sinn entstammt dem geistlichen Bereich und galt zunächst vom Verhalten des Menschen zu Gott. Trübner, Deutsches Wörterbuch, 1956,Bd.7, S.113 ff.; vgl. Staudinger-Weber, § 242 Anm.A 126.

5) Kunkel, Festschrift Koschaker II,S.5, der als Beispiel fiducia und testamentum per aes et libram anführt.

6) Wolff I, § 25 I,a: "Rechtsgrundsätze als Rechtsquellen sind fundamentale Rechtsnormen, die sich ergeben aus der Anwendung des Prinzips der Gerechtigkeit auf deutliche Interessenlagen allgemeiner Art."

7) Enneccerus-Nipperdey, § 15 I 3; zum öffentlichen Recht vgl. Forsthoff,S.162 ff.; Staudinger-Weber, § 242 Anm.A 61-108 mit umfangreichen Nachweisen.

Auch die Verkehrssitte war bereits im römischen Recht ein bedeutsamer Faktor von materiell-rechtlicher Bedeutung, dessen Wirkung in zwei Richtungen ging.¹⁾ Einmal richteten sich die Auslegung und Ergänzung des erklärten Parteiwillens, insbesondere bei den *bonae fidei iudicia* ²⁾, sowie der Inhalt gewisser Verpflichtungen ³⁾ nach der allgemeinen oder örtlichen Verkehrssitte. Zum anderen wurden manche Institute des römischen Rechts überhaupt erst durch die Verkehrssitte geschaffen oder doch weitergebildet.⁴⁾

Von besonderer Bedeutung war die Verkehrssitte für die Entwicklung des mittelalterlichen Handelsrechts. Die Reichsnotariatsordnung von 1512 erkannte sie ausdrücklich an. Auch die im 18. und 19. Jahrhundert entstandenen Kodifikationen nahmen die Verkehrssitte auf.⁵⁾

Die Vorschrift des § 157 BGB beruht also ähnlich wie § 133 BGB auf römisch-rechtlicher Tradition.⁶⁾ Sie gehört aber im Gegensatz zu der subjektiv ausgerichteten Bestimmung des § 133 BGB einem Bereich der Rechtstradition an, der mit dem Gedanken des Schutzes von Treu und Glauben einem objektiven Erfordernis

1) Vgl. Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914, S. 42-55.

2) Ulp. D. 21, 1, 31, 20: *ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire*; Ulp. D. 50, 17, 34; Kunkel, S. 165.

3) Ulp. D. 17, 1, 10, 3 für die Höhe der gesetzlichen Zinsen; Ulp. D. 22, 1, 37; Ulp. D. 26, 7, 7, 10; Ulp. D. 30, 39, 1; Pap. D. 22, 1, 1 pr; Scaevola D. 33, 1, 21 pr; Gaius D. 13, 4, 3. Gaius D. 21, 2, 6 für die Höhe der stipulatio, die der Verkäufer im Falle einer *evictio* zu leisten hat.

4) Für *mancipatio* und *stipulatio* wird dies von Lenel, IheringsJ 19, 155 und Oertmann, a. a. O., S. 45 angenommen; ferner für fast das gesamte Recht der *negotia bonae fidei* Lenel und Oertmann, a. a. O.; vgl. Ulp. D. 21, 1, 31, 20; Ulp. D. 21, 2, 37 pr; Gaius D. 21, 2, 6. Für das gesetzliche Pfandrecht (*pignus tacitum*), Paul. D. 2, 14, 4 pr; Ulp. D. 13, 7, 11, 5; ferner der gesamte Titel D. 22, 2. Für die Entwicklung des Verkaufsrechtes beim Pfand Gaius Inst. II § 64.

5) Code civil Art. 1135, 1156-1163; ALR I, 4 §§ 65 ff.; ADHGB Art. 279.

6) Vgl. zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift Staudinger-Going, § 133 Anm. 9; Mot. II, 197; Protokolle I, 623 ff.

des rechtlichen Zusammenlebens von Menschen gerecht zu werden sucht.

Damit scheint das BGB in einen gewissen Widerspruch zwischen der Berücksichtigung subjektiver und objektiver Momente bei der Auslegung einer Willenserklärung geraten zu sein. Während § 133 den Interpreten auf den empirischen Parteiwillen verweist, macht § 157 BGB eine vernünftige und sachgerechte Regelung nach den Maßstäben von Treu und Glauben und der Verkehrssitte zum Ziel der Auslegung.¹⁾ Die erste Vorschrift bezweckt jedenfalls nach ihrem Wortlaut eine subjektive, die andere eine objektive Auslegung.

Da das BGB durch die Anerkennung der Privatautonomie dem Willen des einzelnen rechtsschöpferische Kraft beimißt, ist es gerechtfertigt, in § 133 BGB die grundlegende Auslegungsvorschrift zu sehen.²⁾ § 133 BGB bezieht sich auf die Willenserklärung schlechthin. § 157 BGB gilt seinem Wortlaut nach unmittelbar nur für Verträge, ist jedoch auch auf die einzelne Willenserklärung anzuwenden, da die Beschränkung auf Verträge nicht der allgemeinen Bedeutung entspricht, die dem Gedanken von Treu und Glauben zukommt.³⁾ Die Stellung der Vorschrift im Recht der Verträge beruht darauf, daß im ersten Entwurf des BGB eine ähnliche Bestimmung⁴⁾ für die Verpflichtung aus einem Schuldvertrag bestand, die von der zweiten Kommission durch die jetzigen §§ 157 und 242 BGB ersetzt worden ist.⁵⁾ Eine Wert-

1) Staudinger-Coing, § 133 Anm.18.

2) Enneccerus-Nipperdey, § 205 I; Lange AT § 43 I 3 a; Palandt-Danckelmann, § 133 Anm.1; Soergel-Siebert (9.Aufl.) § 157 Anm.6; Staudinger-Coing, § 133 Anm.19.

3) Enneccerus-Nipperdey, § 206 III; Flume AT II, § 16,3a; v.Tuhr AT II 1,535; Larenz, Methode, S.7; Erman-Hefermenl, § 157 Anm. 1a; Erman-Westermann, § 133 Anm.2; RGRK-Krüger-Nieland, § 133 Anm.6; Soergel-Siebert-Knopp, § 157 Anm.11; Staudinger-Coing, § 133 Anm.19; Palandt-Danckelmann, § 133 Anm.1; RGZ 169,122(124 f.); BGHZ 21,319(328). Ablehnend Rnede, S.59; dagegen mit Recht Larenz, JW 1939, 1847. Ablehnend für Vertragsangebot und Annahme Oertmann, § 157 Anm. 1b und 3; dagegen richtig Enneccerus-Nipperdey, § 206 Anm.23.

4) Erster Entwurf § 359.

5) Protokolle I, 623 f.

entscheidung des Gesetzes gegen die Berücksichtigung von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte bei der Auslegung der einzelnen Willenserklärung läßt sich aus dem lediglich redaktionell begründeten Wortlaut des § 157 BGB nicht entnehmen.

Die Vorschriften gelten demnach beide grundsätzlich sowohl für einzelne, sei es auch einseitige Willenserklärungen wie für Verträge. Aus der Gegenüberstellung von Willenserklärung und Vertrag läßt sich der Widerspruch zwischen subjektiver und objektiver Auslegung nicht lösen, da beide Rechtsinstitute von den offenbar widersprüchlichen Gesetzesvorschriften erfaßt werden. Eine Abgrenzung der Bestimmungen und ein Ausgleich des Spannungsverhältnisses erscheint allein möglich durch eine Auslegungsmethode, die subjektiven und objektiven Momenten gerecht wird.

III. Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts

Ziel der Auslegung ist es nicht, eine Theorie zu verwirklichen, sondern ein vernünftiges Ergebnis zu gewinnen.¹⁾ Auch ohne theoretische Grundlagen läßt sich im Einzelfall ein Ergebnis erzielen, das dem Gerechtigkeitspostulat einer Rechtsordnung entspricht. Auf die Dauer gesehen, würde jedoch eine solche am Einzelfall orientierte Auslegung die Gerechtigkeit auflösen, da jede verbindende Linie fehlt, durch die der Einzelfall auf die Gesamtheit der Rechtsordnung und des rechtlichen Lebens bezogen bleibt. Andererseits wird eine Theorie leicht zur Fessel, die eine gesunde Rechtsentwicklung zu hemmen vermag, wenn in einem atypischen Fall der vorgezeichnete Weg nicht zu einem vollständig befriedigenden Ergebnis führt. Eine Theorie kann deshalb nur unter dem Vorbehalt stehen, im Einzelfall sich von ihr lösen zu dürfen. Über die Methode der Auslegung des

1) Lange AT § 43 I 3 b.

Rechtsgeschäfts entscheidet die Theorie nicht allein, sondern diese wird ihrerseits durch potitive Gesetzesvorschriften bestimmt.¹⁾ Soll die Auslegungsmethode im Einklang mit dem Gesetz bleiben, sind ihre maßgebenden Kriterien aus den §§ 133 und 157, für das Erbrecht aus § 2084 sowie aus den allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen in den §§ 116 ff. BGB zu entwickeln; denn diese Bestimmungen sind Ausdruck einer gesetzlichen Wertung, an deren Faktoren der Interpret gebunden bleibt.²⁾ Zwar sind diese Bewertungsfaktoren nicht ausdrücklich im Gesetz aufgeführt. Sie sind jedoch als unmittelbarer Inhalt der Normen anzusehen und nicht mit den außerhalb des Gesetzes bleibenden subjektiven Wertvorstellungen der Gesetzesverfasser zu identifizieren.³⁾ Als konkretisierte "Folgerungen aus der Gerechtigkeitsidee"⁴⁾ bilden sie den Maßstab für die Verwirklichung der gesetzlichen Wertung und führen das Ergebnis auf ihren in der Gerechtigkeit liegenden Ursprung zurück.

Die Wertung des Gesetzes kommt in einer einzelnen Bestimmung nicht immer vollkommen zum Ausdruck. An Stelle einer isolierten Betrachtungsweise ist die Bestimmung deshalb in ihrem systematischen Zusammennang zu verstehen, der wiederum auf die Gesamtheit des Rechtssystems gezogen wird.⁵⁾ Wenn der Sinn

1) Larenz, Methode, S.3.

2) Westermann, Interessenkollisionen, S.4: "Das Gesetz selbst wertet, und zwar nach Maßgabe bestimmter, zum Inhalt der Norm gehöriger Bewertungsfaktoren. An sie ist der Richter gebunden; diese Bindung an die Bewertungsfaktoren ist der eigentliche Inhalt der Bindung an das Gesetz." Vgl. auch Heck, AcP 112,1(207); Stoll, S.72.

3) Westermann, a.a.O.

4) Westermann, Wesen und Grenzen, S.17.

5) Larenz, Methode, S.5, bezeichnet es als die eigentliche Aufgabe der systematischen Rechtswissenschaft, die immanente teleologische Gliederung und Wechselbestimmung eines Rechtssystems zu erfassen.

einer Bestimmung, den ihr der Gesetzgeber beimaß, mit dem Zusammenhang des Ganzen nicht vereinbar ist, hat diejenige Bedeutung zu gelten, die sinnvollerweise durch den Zusammenhang und den darin zum Ausdruck kommenden teleologischen Gedanken des Gesetzes gefordert wird.¹⁾

Das Gesetz schreibt in den §§ 133 und 157 BGB vor, subjektive und objektive Gesichtspunkte bei der Auslegung des Rechtsgeschäfts zu beachten. Legt man bei der Beurteilung des Verhältnisses beider Vorschriften zueinander das Schwergewicht auf objektive Momente, kommt man zu einer objektiven Auslegungsmethode. Wer in § 133 BGB die grundlegende Vorschrift sieht, kommt dagegen zu einer subjektiv bestimmten Auslegungsmethode. Der Dualismus von objektiver und subjektiver Auslegung und die Versuche, ihn zu überwinden, bestimmen bis heute Rechtsprechung und Literatur.

1. Die objektive Auslegungsmethode²⁾ bestimmt den Erklärungswert einer Willenserklärung allein nach dem objektiven Sinn, der ihr zukommt. Der Interpret habe grundsätzlich nicht nach einem inneren Willen der Parteien zu forschen. Er setze an die Stelle der Parteien zwei verständige Menschen und frage, wie diese das Verhalten, das die Willenserklärung bilde, gedeutet hätten.³⁾ Der Gegenstand der Auslegung sei beschränkt. Das Material dürfe nur aus der Erklärung selbst entnommen werden, um ihren objektiven Sinn zu ermitteln. In § 133 BGB handele es sich um eine ungenaue Ausdrucksform, die nicht verbindlich⁴⁾ sei.

1) Larenz, Methode, S.6.

2) Als Hauptvertreter sind zu nennen: Danz, Auslegung, 3. Aufl. 1911; Titze, Die Lehre vom Mißverständnis, 1910; Rudolf Leonhard, Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge, 2. Aufl. 1907, S. 85, 178; Franz Leonhard, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, AcP 120, 14 ff.; E. Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Theil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900, § 133, Anm. 2.

3) Danz, Auslegung, S. 78.

4) Franz Leonhard, a.a.O., S. 31.

2. Die subjektive Auslegungsmethode wird von Brox ¹⁾ vertreten. Wer eine Willenserklärung abgebe, gehe von einer bestimmten objektiven Lage aus. Auf Grund dieser Lage bilde er seine Wertung, die aus einer ganzen Reihe von Wertungsmomenten bestehe. Diese Wertung führe zu einem psychologischen Willen, auf den die Willenserklärung folge. Der Interpret beschreite den Weg in umgekehrter Richtung. Er erforsche den psychologischen Willen, komme von dort zur Wertung und von ihr zur objektiven Lage. Die Auslegung müsse über den psychologischen Willen hinaus zu dem wirklichen Willen vorstoßen, indem der Interpret die Wertung des Erklärenden erforsche und sie mit der objektiven Situation vergleiche.²⁾

3. Larenz ³⁾ sucht den Dualismus von subjektiver und objektiver Auslegungsmethode zu überwinden, indem er an den Gedanken der Verantwortlichkeit anknüpft und daraus das Prinzip der Zurechenbarkeit der Erklärungsbedeutung entwickelt. Zurechnung sei ein Urteil, durch das die subjektive und objektive Seite einer Handlung aufeinander bezogen würden und aus dem eine rechtliche Verantwortlichkeit entstehe.⁴⁾ Der Erklärende habe seinem Gegner für denjenigen Inhalt einzustehen, der von diesem der Erklärung beigelegt werden könne und müsse. Aber die Verständnismöglichkeit des Gegners sei nur so weit zu berücksichtigen, wie der Erklärende selbst mit ihr rechnen könne.⁵⁾

4. Eine gewisse Mittelstellung nehmen Oertmann und Manigk ein. Sie behalten den Dualismus von Wille und objektivem Erklärungssinn bei und grenzen nach der Bedeutsamkeit des subjektiven und objektiven Moments im einzelnen Fall ab.

1) Brox, Einschränkung, S.106 ff.; Erbrecht, 1966, RN 125 ff. Aus früherer Zeit ist als Vertreter dieser Auffassung Rehoein, BGB Bd.1, S.162, zu nennen.

2) Brox, Einschränkung, a.a.O.

3) Methode, S.31; Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1967, § 25 I.

4) Methode, S.31.

5) Methode, S.74. Dadurch wird vermieden, einseitig auf das Verständnis des Gegners abzustellen, wie es die objektive Auslegungsmethode mit sich bringt.

a) Oertmann ¹⁾ geht davon aus, daß die Auslegung grundsätzlich den objektiven Erklärungssinn festzustellen habe. Doch sei die subjektive Meinung des Erklärenden insofern wichtig, als sie der objektiven Bedeutung in zahlreichen Fällen vorgehe oder sie selbst bestimme. Es sei der Wille nicht neben oder entgegen der Erklärung, sondern der Wille in der Erklärung zu erforschen. § 133 BGB besage keineswegs, daß die Tragweite der Erklärung sich immer nur nach dem bestimme, was der Erklärende damit habe sagen wollen. Eine solche subjektivistische Auslegung erfordere der Wortlaut nicht, noch weniger gestatte sie der Sinn, das Verkehrsinteresse. Vielmehr sei der Standpunkt des § 133 BGB ein objektiver; die Frage sei nicht: "was hat der Erklärende erklären wollen?", sondern "was hat er erklärt?". § 133 wolle somit nicht den Willen gegenüber der Erklärung, sondern nur deren wahren Sinn gegenüber dem buchstäblichen oder scheinbaren Sinn zur Geltung bringen.²⁾

b) Manigk ³⁾ sieht als Primat die subjektive Auslegungsmethode an, indem er die innere Vorstellung des Erklärenden zur Grundlage der Auslegung macht und dieser ein objektives Erfordernis hinzufügt. Der Wille entfalte nur dann positive Wirkung, wenn er in der Erklärung einen hinreichenden Ausdruck gefunden habe.⁴⁾ Dies ergebe sich aus dem Zweck der Erklärung, dem Interessenkreis den Inhalt des Willens bekanntzumachen ⁵⁾, sowie aus den §§ 116 ff. BGB, die nur eine negative Funktion des Willens beweisen würden.⁶⁾ Die objektive Auslegungsmethode gelte für Verkehrsgeschäfte, die subjektive Methode für Nichtverkehrsgeschäfte. Da die objektive Methode jedoch gegenüber der subjektiven subsidiär angewendet wird, liegt ein Dualismus der Methoden vor, den Manigk mit den sich durchkreuzenden

1) vor § 104 Anm. 9 d; § 133 Anm. 3a; Rechtsordnung und Verkehrssitte, S. 75.

2) § 133 Anm. 3a.

3) Irrtum und Auslegung, S. 193; IheringsJ 75, 127(215).

4) Manigk, IheringsJ, a.a.O., S. 211.

5) ders., Irrtum und Auslegung, S. 208.

6) ders., Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 428.

Prinzipien der Autonomie des Willens und der Verantwortlichkeit des Erklärenden für den Erklärungssinn seines Verhaltens begründet. Die Verantwortlichkeit sei das notwendige Korrelat zu der Vorherrschaft des Willensprinzips.¹⁾

5. Die in der Literatur und Rechtsprechung überwiegend vertretene Auffassung nimmt ähnlich wie Oertmann und Manigk²⁾ eine Mittelstellung ein, ohne den Dualismus zwischen subjektiver und objektiver Auslegung entscheidend zu überwinden. Es entspricht dem Grundsatz der Privatautonomie, bei der Auslegung von dem Parteiwillen als dem konstitutiven Element privatrechtlicher Selbstbestimmung auszugehen. Dementsprechend schreibt § 133 BGB vor, den "wirklichen Willen" zu erforschen. Darunter ist der Wille zu verstehen, der nach der Vorstellung des Erklärenden die erstrebte Rechtswirkung herbeiführen sollte. Das bedeutet jedoch nicht, daß sich das Ergebnis der Auslegung letztlich nach dem subjektiven Willen des Erklärenden richtet³⁾; denn Gegenstand der Auslegung kann immer nur ein äußeres Verhalten sein. Ein nicht geäußelter Wille wird erst dadurch rechtlich bedeutsam, daß er durch Kundgabe an die Außenwelt objektiviert wird.⁴⁾ Der Interpret hat nach § 133 BGB diesen objektivierten Willen zu erforschen; er dürfe ihn aber nur so weit berücksichtigen, als er "nach dem Gesamtver-

1) Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 242 f.

2) Vgl. oben S. 32.

3) Enneccerus-Nipperdey, § 205 I 1; RGRK-Krüger-Nieland, § 133 Anm. 4; Soergel-Hefermehl, § 133 Anm. 8; Soergel-Siebert-Knopp, § 15/ Anm. 1.

4) Soergel-Siebert-Knopp, a. a. O.

halten des Erklärenden in der Erklärung einen Ausdruck gefunden habe.¹⁾ Mit dieser Einschränkung sucht die h.M. dem Bedürfnis nach Verkehrssicherheit gerecht zu werden, wie sie das Gesetz in § 157 BGB durch das Prinzip des Vertrauensschutzes zum Ausdruck bringt.

Die Verkehrssicherheit verlangt, denjenigen zu schützen, der auf einen vom wirklichen Willen des Erklärenden abweichenden Wortlaut vertraut hat, wie er nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte zu verstehen war.²⁾ Da jedoch der Vertrauensschutz bei den einzelnen Arten der Willenserklärung unterschiedlich stark eingreift, bietet das Erfordernis der Verkehrssicherheit keinen einheitlichen Maßstab, die Willensinterpretation zu begrenzen. Die h.M. stellt deshalb in einer typisierenden Betrachtungsweise darauf ab, ob und in welchem Maße dritte Personen von der Erklärung betroffen sind.

Bei allen nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen ist der innere Wille in besonderer Weise maßgebend, da ein Vertrauensschutz entfällt.³⁾ Dies gilt insbesondere für das Testament.

- 1) Enneccerus-Nipperdey, § 205 I 1; ebenso Bartholomeyczik, § 22 I 1, I 2a; Lange, Erbrecht, § 33 I 3 und III 3c; v. Tunr AT II 1, 538, 570; Erman-Westermann, § 133 Anm. 4; Palandt-Danckelmann, § 133 Anm. 4; RGRK-Krüger-Nieland, § 133 Anm. 4; RGRK-Johannsen, vor § 2064 Anm. 34; Staudinger-Seybold, Vorbem. vor § 2064 Anm. 11; Soergel-Hefermehl, § 133 Anm. 8; RG Gruchot 52, 423 (426); Recht 1914, Nr. 459; 1915, Nr. 1925, 2428; 1916, Nr. 1453, 1555; RGZ 134, 277 (280); 142, 171 (175); 160, 109 (111); BGHZ 26, 204 (211); BGH LM BGB § 2100 Nr. 1; BayObLG 1954, 123 (126). - Ablehnend Zeiler Gruchot 52, 224 (242 f.); Rhode, S. 40; Flume AT II, § 16, 2a; Brox, Einschränkung, S. 109; Foer AcP 153, 492 (496); Keuk, S. 81 f.
- 2) RGZ 169, 122 (124 f.); RG JW 1937, 217; RGRK-Krüger-Nieland, § 144 Anm. 4.
- 3) Enneccerus-Nipperdey, § 205 I 4; Bartholomeyczik, § 22 I 2o; Brox, Einschränkung, S. 97, 137; Foer AcP 153, 492 (494); Lange AT § 43 II 3, Erbrecht § 32 II 2, vgl. aber § 33 III 6a; Lehmann-Hübner, AT § 30 VI 3c; Franz Leonard, AcP 120, 14 (85) für die erbrechtliche Verfügung, im übrigen ablehnend (88); Siber, RG-Festgabe III, 352; Kipp-Coing, § 24; Erman-Westermann, § 133 Anm. 3; Soergel-Hefermehl, vor § 116 Anm. 29; Soergel-Siebert-Knopp, § 157 Anm. 8; Siebert-Enard-Eder (9. Aufl.), § 2084 Anm. 1; RGRK-Johannsen, § 2084 Anm. 2; Palandt-Keidel, § 2084 Anm. 1 und 4a; RG JW 1912, 344.

Die empfangsbedürftige Willenserklärung ist an einen bestimmten Gegner gerichtet und wird gemäß § 130 Abs.1 Satz 1 BGB erst wirksam, wenn sie ihm zugeht. Das Verkehrsschutzbedürfnis erfordert, die Erklärung nur mit dem Inhalt als zugegangen gelten zu lassen, der einem verständigen Menschen in der Situation des Erklärungsempfängers erkennbar gewesen sei.¹⁾ Ein der allgemeinen Auffassung zuwiderlaufender Sinn kommt nur in Betracht, wenn der Gegner ihn verstanden hat²⁾ oder verstehen mußte.³⁾

Noch weiter eingeschränkt wird die Willensinterpretation bei Erklärungen, die für einen unbestimmten Personenkreis wirksam werden sollen. Für die Auslegung können regelmäßig nur allgemein erkennbare oder aus der Urkunde selbst sich ergebende Umstände in Betracht gezogen werden.⁴⁾ Am stärksten schließlich ist die Willensinterpretation zugunsten des objektiven Gehalts bei solchen Erklärungen zurückgedrängt, auf die die Öffentlichkeit vertraut.⁵⁾

6. Es soll und kann hier nicht der Versuch einer grundlegenden Auseinandersetzung mit der objektiven und der subjektiven Auslegungsmethode unternommen werden. Jede Theorie bringt nur teilweise gerechte und im übrigen ungerechte Ergebnisse mit sich, wenn man sie in jedem Fall konsequent durchführt. Während die eine Theorie in einem bestimmten Fall zu einer be-

- 1) Enneccerus-Nipperdey, § 205 I 5; Lenmann-Hübner, § 30 VI 4a; Palandt-Danckelmann, § 133 Anm.1; RGRK-Krüger-Nieland, § 133 Anm.13; Soergel-Hefermehl, § 133 Anm.11; RGZ 86,86(88); 101, 246(247); ablennd hinsichtlich der Erkennbarkeit Franz Leonard, AcP 120,14(118); Oertmann, Verkehrssitte, S.128.
- 2) Enneccerus-Nipperdey, § 205 I 5; Lehmann-Hübner, § 30 VI 4a; Oertmann, § 133 Anm.3b; Erman-Westermann, vor § 116 Anm.3, § 133 Anm.4; Palandt-Danckelmann, Einf.vor § 116 Anm.2a; Soergel-Hefermehl, § 119 Anm.8; Soergel-Siebert (9.Aufl.), § 157 Anm.3; RGRK-Krüger-Nieland, § 133 Anm.3; RGZ 66,427 (428); 109,334(336); BGH LM BGB § 119 Nr.6; BB 1959,646.
- 3) Enneccerus-Nipperdey, § 205 I 5; Lange AT § 43 I 2; Soergel-Hefermehl, § 133 Anm.11; Staudinger-Going, § 133 Anm.10 m.N.
- 4) Enneccerus-Nipperdey, § 205 I 6; RGRK-Krüger-Nieland, § 133 Anm.13; Soergel-Hefermehl, § 133 Anm.12.
- 5) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O.; RGRK-Krüger-Nieland, a.a.O.; Soergel-Hefermehl, § 133 Anm.13; RGZ 165,68(73).

friedigenden Lösung führt, erreicht die andere dies gerade nicht.¹⁾ In einem anderen Fall, kann es wieder umgekehrt sein. Jeder Theorienstreit ist dadurch gekennzeichnet, daß ein bestimmter Monopolanspruch erhoben wird.²⁾ Die Auslegung des Rechtsgeschäfts wird jedoch verfälscht, wenn das objektive oder das subjektive Moment ein Monopol beansprucht.

Die Auslegung des Rechtsgeschäfts ist nicht Selbstzweck, sondern dient der praktischen Rechtsanwendung. In der Rechtspraxis kommt es nicht darauf an, eine bestimmte Theorie zu verwirklichen oder den Dualismus zwischen objektiver und subjektiver Auslegungsmethode zu überwinden. Entscheidend ist allein, einen Ausgleich im Dualismus der von den Parteien verfolgten Interessen zu finden. Deshalb sei auf dem Wege über einige kritische Anmerkungen zu beiden Auslegungsmethoden in dem Prinzip des gerechten Interessenausgleichs ein Faktor besonders herausgestellt, der unabhängig von objektiven und subjektiven Momenten die Auslegung auf ihr eigentliches Ziel hinführen vermag, im Widerstreit der Beteiligten eine gerechte Lösung zu finden.

a) Die objektiven Theorien sind unvereinbar mit dem eindeutigen geschichtlichen Sinn des § 133 BGB, der der subjektiven Vorstellung des Erklärenden gegenüber dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks Geltung verschaffen und einer rein objektiven Auslegung vorbeugen sollte.³⁾ Sie vernachlässigen die Beziehung des Inhalts der Erklärung zu der Person des Erklärenden und stellen einseitig auf den Schutz des Erklärungsgegners ab. Dadurch wird die Rechtssicherheit überbetont. Das Bedürfnis

1) Brox (Einschränkung, S.45 f.) weist zutreffend darauf hin, wie bei der Entwicklung einer Theorie, die in aller Regel an pathologischen Ausnahmefällen vorgenommen werde, die Gefahr einer unzutreffenden Verallgemeinerung entstehe.

2) Vgl. Coing, Methode, S.22.

3) Staudinger-Coing, § 133 Anm.7.

Nach einer Orientierung des Erklärungswerts an der Verständnismöglichkeit des Betroffenen folgt erst aus der Mitteilungsfunktion der Erklärung und reicht nur so weit, wie dessen Interesse schutzwürdig ist; denn die Erklärung ist nicht Selbstzweck, sondern nur ein Mittel, den Willen des Erklärenden durch eine Rechtsfolgeanordnung zu kennzeichnen und dem Betroffenen mitzuteilen. Steht nun bei der Mitteilung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung deren objektive Bedeutung mit den subjektiven Vorstellungen des Erklärenden in Widerspruch, erfordert es die Rechtssicherheit, den objektiven Erklärungswert für maßgebend zu halten. In diesem Fall führt die objektive Auslegung zu einem befriedigenden Ergebnis. Es ist aber methodisch unhaltbar, die Regelung dieses Ausnahmefalls zu einer allgemeinen Regel zu erheben und darauf eine objektive Auslegungsmethode aufzubauen, die einen generellen Geltungsanspruch erhebt.

b) Die subjektive Methode der Auslegung und die modifizierte Auffassung der h.M. stehen demgegenüber im Einklang mit dem Wortlaut sowie der Entstehungsgeschichte des § 133 BGB und tragen dem Prinzip der Privatautonomie Rechnung, indem sie den Interpreten auf den subjektiven Willen als das konstitutive Element privater Rechtsschöpfung lenken. Der Wille des Erklärenden bestimmt grundsätzlich den Inhalt der Erklärung und bildet deshalb mit Recht den Ausgangspunkt jeder Auslegung.

Bedenken ergeben sich jedoch gegen die Einteilung in nicht-empfangsbedürftige, empfangsbedürftige und Erklärungen an die Öffentlichkeit und eine hiernach abgestufte subjektive Auslegungsmethode. Es ist fragwürdig, ob lediglich die erforderliche Rücksicht auf den Erklärungsgegner eine so tiefgreifende Verschiedenheit des Ziels, der rechtlichen Funktion der Auslegung bedingt, daß mit der Einordnung der auszulegenden Willenserklärung in eine Kategorie, die nur generell nach dem Umfang des erforderlichen Vertrauensschutzes bestimmt wird, bereits über die Methode der Auslegung entschieden ist und

diese bald als objektive Sinndeutung, bald als Feststellung eines Willens oder einer subjektiven Vorstellung erscheint.¹⁾ Eine gesetzliche Grundlage findet sich für diese Differenzierung der Auslegung nicht. Eine Begründung aus § 130 BGB²⁾ läßt außer acht, daß diese Vorschrift sich allein mit dem Zeitpunkt der rechtlichen Wirksamkeit einer Willenserklärung befaßt und eine sachgerechte Unterscheidung aus dem Vorgang der Entstehung einer Erklärung herleitet. Auch die Sonderstellung der letztwilligen Verfügung bei der Auslegung beruht nicht auf dem Charakter des Testaments als einer nichtempfangsbedürftigen Willenserklärung, sondern auf dem Ziel des Testamentsrechts, den letzten Willen des Erblassers zu verwirklichen. Demgegenüber sind die Interessen der Betroffenen grundsätzlich nicht als schutzwürdig anzuerkennen. Aus den Anfechtungsvorschriften der §§ 119 ff. BGB, die sich auf alle Arten von Willenserklärungen beziehen, und der jeder Auslegung immanenten Wechselwirkung auf diese Bestimmungen läßt sich entnehmen, daß das Gesetz auf dem Standpunkt einer im Grundsätzlichen gleichen Auslegungsmethode für alle Arten von Willenserklärungen steht. Daß sich in der Praxis der Anfechtung Unterschiede ergeben, die sich auf die Art der anzufechtenden Willenserklärung zurückführen lassen, beruht nicht auf der Einordnung der Erklärung in eine nach dem Empfängerkreis ausgerichtete Kategorie, sondern auf dem die Anfechtungsregelung beherrschenden Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes. Dieses Prinzip greift zwar bei den einzelnen Arten von Willenserklärungen typischerweise in mehr oder minder starkem Maße ein, ist aber in seinem Umfang nicht an eine bestimmte Erklärungskategorie gebunden, sondern letztlich am Einzelfall orientiert. So ist etwa bei der empfangsbedürftigen Erklärung zu einem unentgeltlichen Vertrag der Bedachte weniger schutz-

1) Larenz (Methode, S. 23) für die Unterscheidung in Verkehrs- und Nichtverkehrsgeschäfte.

2) Vgl. Lehmann-Hübner AT, § 30 VI 3a.

würdig als der Vertragspartner eines entgeltlichen Vertrag¹⁾, während umgekehrt auch hierbei Fälle denkbar sind, in denen ein Vertrauensschutz nur teilweise zugunsten des Erklärungsempfängers besteht.²⁾ Und schließlich ist auch bei der Auslegung einer letztwilligen Verfügung in gewissen Fällen eine verstärkte Berücksichtigung der objektiven Erklärungsbedeutung angebracht.³⁾

Die Grenzen für die Beachtung objektiver und subjektiver Momente sind also von Fall zu Fall derart fließend, daß sich kein einheitlicher Maßstab finden läßt, will man ihn nicht sogleich wieder mit zahlreichen Ausnahmen aufweichen. Eine Auslegungsmethode, die an die Einteilung in nichtempfangsbedürftige, empfangsbedürftige und Erklärungen an die Öffentlichkeit gebunden wird, kann nicht generell befriedigen. Sie beruht zwar letztlich auf dem Prinzip des Vertrauensschutzes. Eine starre Einteilung nimmt jedoch vielfach das Ergebnis vorweg und hält so den Interpreten davon ab, die näheren Umstände des Einzelfalls zu würdigen.

Ferner verdient die Einschränkung der h.M. keine Zustimmung, der Wille des Erklärenden müsse in der Erklärung einen, wenn auch noch so unvollkommenen Ausdruck⁴⁾ gefunden haben. Diese sogenannte Andeutungstheorie überwindet nicht den Dualismus von subjektiver und objektiver Auslegung, sondern erkennt ihn gerade an.⁵⁾ Brox⁶⁾ weist mit Recht darauf hin, daß es sich

1) Brox, Einschränkung, S.164.

2) Vgl. das von Brox, a.a.O., S.173 dargestellte Beispiel.

3) Vgl. Lange, Erbrecht, § 33 III 6a mit Beispielen.

4) Der Sprachgebrauch des RG ist uneinheitlich; in JW 1905,336 Nr.3, Gruchot 52,426 heißt es "Ausdruck", in WarnRspr.1918, Nr.123 "Anhalt". Der Sinngehalt der Wörter ist keineswegs identisch; um den Ausdruck eines bestimmten Willens in einer Erklärung finden zu können, bedarf es einer gewissen konkreten Formulierung, während ein Anhalt schon unter geringeren Voraussetzungen möglich ist.

5) Larenz, Methode, S.9.

6) Einschränkung, S.109 f.

hierbei um einen spärlichen Rest von Formalismus unentwickelter Rechte und letztlich auch um ein Argument der abgelehnten objektiven Theorie handle.

Bei einer Beurteilung dieses Problems ist von der Grundlage auszugehen, daß die Wirkung des Rechtsgeschäfts auf dem Parteiwillen beruht. Die Rechtswirkung tritt ein, weil sie gewollt ist.¹⁾ Rechtlicher Anknüpfungspunkt ist der Wille allerdings nur, soweit er geäußert ist.²⁾ Dies ist nicht nur ein praktisches Erfordernis, sondern folgt auch daraus, daß die Rechtsordnung als Regelung zwischenmenschlicher Beziehungen das Verhalten des einzelnen im Gegensatz zur Psychologie nur in seiner Beziehung zur Außenwelt wertet.³⁾ Aus rein tatsächlichen Gründen kann der rechtsschöpferische Wille nicht ohne äußeren Erklärungstatbestand wirken, da seine Wirkung sich in der Außenwelt vollzieht und er demnach einer nach außen gedungenen Grundlage bedarf. Allein aus dem Begriff "Willenserklärung" kann jedoch nicht der Schluß gezogen werden, der Wille müsse notwendigerweise "erklärt" sein. Wie das Beispiel der falsa demonstratio zeigt, ist es logisch möglich, daß eine bestimmte Rechtswirkung entscheidend auf dem nur inneren Willen beruht.⁴⁾

Es ist fraglich, ob sich aus dieser praktischen Voraussetzung die rechtliche Konsequenz ergibt, daß die äußere Grundlage vollständig in irgendeiner Weise den subjektiven Willen enthalten muß, der Rechtswirksamkeit erlangen kann. Demgegenüber erscheint es auch als möglich, an die äußere Grundlage und einen für die rechtliche Wirksamkeit unerläßlichen, jedoch nicht unbedingt bis in alle Einzelheiten konkretisierten Willen als Minimum anzuknüpfen, um aus diesem äußeren Tatbestand die Rechtsfolgen zu entwickeln, auf die der tatsächlich

1) Lehmann-Hübner, § 24 I.

2) Erman-Westermann, vor § 116 Anm.1.

3) Siebert-Hefermehl (9.Aufl.), vor § 116 Anm.5.

4) Brox, Einschränkung, S.91.

vorhandene, aber unvollkommen erklärte innere Wille gerichtet war. Gewiß muß ein geistiger Zusammenhang zwischen Wille und Erklärung bestehen. Diese Beziehung ist jedoch nicht notwendig an einen objektiven Ausdruck des Willens in der Erklärung gebunden. Es genügt die subjektive Verbindung von Wille und Erklärung durch den Erklärenden; denn auf seinem persönlichen Willen beruht die Erklärung und ist damit bereits ihrem Ursprung nach damit verbunden. Diesen Ursprung aber bildet der gesamte, auch der nicht geäußerte Wille.

Hiermit ist allerdings nur dem Standpunkt des Erklärenden Rechnung getragen, der ein Interesse daran hat, daß die Wirkungen seiner Erklärung nach Maßgabe des Willens eintreten, den er nach seiner Vorstellung ausgedrückt hat bzw. bei fehlerfreier Willensbildung mit Sicherheit geäußert hätte. Dem steht das Interesse der von der Erklärung betroffenen Personen gegenüber, sich auf die objektiv aus der Erklärung folgenden Wirkungen verlassen zu dürfen und nicht mit Rechtsfolgen konfrontiert zu werden, die letztlich auf den nur innerlich geübten Willen des Erklärenden zurückgehen. Die Forderung, der Wille müsse zu seiner Berücksichtigung irgendeinen Ausdruck in der Erklärung gefunden haben, ist somit Ausfluß des Prinzips des Vertrauensschutzes im Rechtsverkehr, nicht aber denkbare Folgerung aus dem Begriff der Auslegung oder Geltungsgrund des Willens überhaupt. Denn gerade die juristische Auslegung ist nicht darauf beschränkt, den in sich abgeschlossenen Gedanken der sinnhaltigen Form in seiner Eigengesetzlichkeit zu offenbaren ¹⁾, sondern hat die Funktion, mit Hilfe aller zur Verfügung stehenden Umstände zwischen den meist widerstreitenden Interessen der Beteiligten einen gerechten Kompromiß zu finden. Um diese Aufgabe erfüllen zu können, sind die Interessen zunächst einmal aufzudecken.

1) Vgl. Betti (S.122) für die historische Auslegung.

Dies kann nicht gelingen, wenn das Interesse des Erklärenden auf Berücksichtigung seines gesamten inneren Willens, auf dem die Erklärung beruht, bereits von vornherein durch ein Erfordernis beschränkt wird, das im Interesse der von der Erklärung betroffenen Personen liegt. In diesem Stadium der rechtlichen Beurteilung läßt sich die Schutzwürdigkeit dieses Interesses gegenüber dem des Erklärenden vielfach noch nicht klar ermes- sen. Bleibt man bei der Ermittlung des objektiv in der Erklä- rung zum Ausdruck gekommenen Willens stehen, wird die Inter- essenabwägung durch Nichtbeachtung verfügbarer Gesichtspunkte zu Lasten des Erklärenden beeinflußt. Immerhin schreibt § 133 BGB unmißverständlich vor, bei der Auslegung einer Willens- erklärung den wirklichen Willen zu erforschen. Darunter läßt sich zwanglos auch der nicht geäußerte Wille verstehen. Erst die Frage, ob dieser Wille bei der endgültigen Interessen- abwägung im Einzelfall berücksichtigungsfähig ist, kann im Zusammenwirken der §§ 133 und 157 BGB aus dem Prinzip des Vertrauensschutzes gelöst werden, nicht aber bereits die vor- gängige Entscheidung, ob der innere Wille überhaupt zu ermit- teln ist.

Im römischen Recht war die heutige scharfe Trennung von Wille und Erklärung unbekannt. Die Auslegung und die Ermittlung des Willensmangels fielen zusammen.¹⁾ Wenn man dagegen heute prin- zipiell Wille und Erklärung unterscheidet ²⁾, rechtfertigt dies nicht, zunächst durch Auslegung den objektiven Erklärungs- inhalt zu ermitteln und erst später vielleicht im Rahmen einer Anfechtung zu prüfen, ob dieser Inhalt vom subjektiven Willen gedeckt ist. Dem Grundsatz der Privatautonomie und dem Inter- esse des Erklärenden entspricht es allein, bereits bei der Auslegung vom subjektiven Willen auszugehen und erst dann zu fragen, ob dieser Wille auch rechtlich maßgebend sein kann.

1) Kaser I, S.206.

2) Vgl. Erman-Westermann, vor § 116 Anm.1.

Wie bereits die Anfechtbarkeit wegen Inhaltsirrtums zeigt, ist der Wille als innerer Vorgang auch ohne Äußerung nicht rechtlich bedeutungslos. Das Gesetz regelt in den §§ 116 ff. BGB das Erfordernis der Willensäußerung unter dem Gesichtspunkt des Interesses des Empfängers und der rechtlich Interessierten.¹⁾ Auch die Auslegung bestimmt den rechtlich maßgebenden Inhalt durch eine Interessenabwägung. Da der Empfänger oder der sonst rechtlich Interessierte einen inneren Willen des Erklärenden nicht erkennen kann, ist in der Regel nur der erklärte Wille maßgebend. Wenn die von der Erklärung betroffenen Personen dieses Schutzes nicht bedürfen, kann dagegen auch der innere Wille des Erklärenden maßgebend sein. Dies gilt einmal dann, wenn die Parteien ein Rechtsgeschäft übereinstimmend in einem bestimmten Sinn verstanden haben, der vom objektiven Erklärungswert abweicht (sog. falsa demonstratio non nocet).²⁾ Es ist unerheblich, ob die Parteien bewußt oder unbewußt von der objektiven Bedeutung abweichen. Auch bei formbedürftigen Rechtsgeschäften tritt die Beweisfunktion hinter der falschen, aber übereinstimmend richtig verstandenen Bezeichnung zurück.³⁾ Der vom objektiven Erklärungswert abweichende innere Wille einer Partei ist zum anderen auch dann maßgebend, wenn der Empfänger oder die sonst Interessierten den inneren Willen erkannt haben oder erkennen mußten.⁴⁾

1) Erman-Westermann, a.a.O.

2) RGZ 66,427(429); 70,391(393); 99,147(148); 109,334(336); BGHZ 26,109(110); BGH LM BGB § 157 (Gf) Nr.2; BGH NJW 1968, 391; Enneccerus-Nipperdey, § 166 IV; Lehmann-Hübner, § 30 VI 4a; Flume AT II, § 16, 2a; Soergel-Hefermehl, § 119 Anm.13; Soergel-Siebert-Knopp, § 157 Anm.9; Staudinger-Coing, § 119 Anm.57; ablehnend Franz Leonhard, AcP 120, 14(105 ff.).

3) RGZ 60,338 f.; 61,264(265); 109,334(336); Lehmann-Hübner, a.a.O.; Flume AT II, § 16, 2c; Staudinger-Coing, a.a.O.

4) Enneccerus-Nipperdey, § 205 I 5; Erman-Westermann, vor § 116 Anm.3; Soergel-Hefermehl, § 119 Anm.13; RGRK-Krüger-Lieland, § 133 Anm.3; Palandt-Danckelmann, Einf. vor § 116 Anm.2a; RG JW 1916,765.

Aus der allgemeinen Anwendung dieser Grundsätze folgt, daß das tatsächliche Verständnis der Beteiligten den Inhalt der Willenserklärung bestimmt, gleichgültig, wie der Wortlaut ist oder ob der abweichende Inhalt formal von einem etwaigen Formerfordernis gedeckt ist. Entscheidend ist allein, daß nach Auffassung der Beteiligten der von ihnen gemeinte Sinn in der Erklärung enthalten ist;¹⁾ denn dadurch ist die subjektive Beziehung zum äußeren Erklärungsstatbestand hergestellt.

Aus dogmatischer Sicht läßt sich einwenden, eine uneingeschränkte Ermittlung des inneren Willens untergrabe die Funktion der Anfechtungsvorschriften. Könne man dem inneren Willen schon durch Auslegung Wirksamkeit verschaffen, bleibe kein Raum mehr für die Anfechtung.²⁾ Dem ist entgegenzuhalten, daß mit der Ermittlung des inneren Willens noch nicht entschieden ist, ob er auch rechtlich maßgebend ist. In diesem Stadium wird erst die Interessenlage festgestellt. Ergibt die anschließende Interessenabwägung, daß der Erklärungswert wegen der Schutzwürdigkeit des Empfängers oder der sonst Interessierten abweichend vom wirklichen Willen festzulegen ist, bleibt immer noch Raum für eine Anfechtung.

Mit Rücksicht auf die nicht von vornherein schutzunwürdigen Interessen des Erklärenden ist somit die Ansicht abzulehnen, der innere Wille sei bei der Auslegung nur so weit zu berücksichtigen, wie er in der Erklärung Ausdruck gefunden habe.

c) Wenn man das Verhältnis von Wille und Erklärung bei der Auslegung allgemein klären will, liegt es nahe, auf die generelle Struktur der Willenserklärung zurückzugreifen.³⁾ Spaltet man die Willenserklärung in einen Willensakt als psychologische Grundtatsache und einen davon getrennten Erklärungsakt

1) Flume AT II, § 16, 2a.

2) Lehmann-Hübner, § 30 VI 2.

3) Westermann, Karl Arnold-Festschrift, 1955, S.281(282).

auf ¹⁾, tritt der Dualismus von Wille und Erklärung zutage, auf den sich der Gegensatz von subjektiver und objektiver Auslegungsmethode zurückführen läßt.

Für die Willenstheorie bildet der innere Wille den Grund der Rechtsfolge. Nach der Erklärungstheorie ²⁾ kommt es nur darauf an, wie die Erklärung verstanden wurde und den Umständen nach zu verstehen war. Geltungsgrund ist demnach der durch die Erklärung geschaffene Vertrauenstatbestand. Willenstheorie und Erklärungstheorie bilden jedoch keinen grundsätzlichen Gegensatz; denn sie haben beide die Anerkennung des Grundsatzes der Privatautonomie zur Voraussetzung.³⁾

Den Gegensatz von Wille und Erklärung als Geltungsgrund der Rechtsfolge überbrückt die sogenannte Geltungstheorie.⁴⁾ Sie betrachtet die Willenserklärung als eine Wesenseinheit und

1) Ablehnend Enneccerus-Nipperdey, § 164 II 3.

2) Ob ein Rechtsgeschäft zu seiner Wirksamkeit außer der Erklärung einen entsprechenden inneren Willen voraussetzt oder ob ohne diesen Willen allein nach Maßgabe des äußeren Tatbestands wirksam werden kann, ist nicht eine Frage der Logik, sondern der zeitlich bedingten Bewertung (Enneccerus-Nipperdey, § 164 I, 1).

Im gemeinen Recht war die Willenstheorie vorherrschend: Savigny, System III, 258; Windscheid, Pandekten I, § 69, 1; weitere Nachweise bei Enneccerus-Nipperdey, § 164 Anm. 5, zur Erklärungstheorie § 164 Anm. 6.

Die Verfasser des BGB haben zu dem Theorienstreit keine Stellung genommen (Protokolle I, 94). In der Literatur herrscht die Ansicht vor, daß das BGB in der Anerkennung der Willenserklärung als Mittel privater Rechtsgestaltung nach eigenem Willen grundsätzlich von der Willenstheorie ausgehe, diese jedoch im Interesse des Gegners und der Verkehrssicherheit einschränke. Lehmann-Hübner, § 34 I 2; Lange AT § 37 I 2b; Staudinger-Coing, § 119 Anm. 19b; a.A.: Danz, Auslegung, S. 32; Franz Leonhard, AcP 120, 14 (15). Brox (Einschränkung S. 49) hält den Theorienstreit für überflüssig.

3) Soergel-Siebert (9. Aufl.), § 157 Anm. 6.

4) Larenz, Methode, S. 44 f., 57 ff., Vertrag und Unrecht I, S. 37 ff.; Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A 2, § 164 II 3; Soergel-Hefermeil, vor § 116 Anm. 3; Brauer, S. 27; Wieacker, JZ 1953, 677 (678 f.), JZ 1956, 294; Reinach, S. 37 ff.

sieht für den Eintritt der Rechtsfolge den im Erklärungsakt vollzogenen Willen als entscheidend an. Die Willenserklärung als äußerer Tatbestand sei nicht bloße Mitteilung eines Willens, sondern bringe unmittelbar einen Rechtserfolg zum Ausdruck, der gelten solle.¹⁾ Dem Wesen des Rechts als einer Ordnung menschlichen Zusammenlebens entspreche es, auf den sozialen Vorgang der Willenskundgebung abzustellen²⁾ und die Willenserklärung damit als Sozialakt aufzufassen. Da die Rechtsordnung an die Erklärung des rechtlichen Gestaltungswillens anknüpfe, sei nur der im Erklärungsstatbestand verwirklichte Wille dem Erklärenden zuzurechnen; er schaffe für den Empfänger einen Vertrauenstatbestand und sei Gegenstand der Auslegung. Deshalb sei es auch unrichtig, den inneren Willen als Antithese der Erklärung des Willens gegenüberzustellen. Damit werde weder die Willens- noch die Erklärungstheorie dem Wesen der Willenserklärung als Sozialakt gerecht.³⁾

Diese Theorien sind sämtlich an dem Verhältnis zwischen Wille und Erklärung orientiert, indem sie das Schwergewicht hier oder dort setzen oder gar zu einer ganzheitlichen Betrachtung führen. Die Auslegung der Willenserklärung hat es jedoch nicht mit dem Willen in seinem Verhältnis zur Erklärung als Grundlage rechtlicher Geltung zu tun, sondern allein mit den verschie-

1) Larenz, Methode, S.69.

2) Soergel-Hefermehl, vor § 116 Anm.3.

3) Enneccerus-Nipperdey, § 164 II 3, § 145 II A 2;
Soergel-Hefermehl, vor § 116 Anm.3, 4, 8;
Erman-Hefermehl, § 157 Anm. 1a; Soergel-Siebert (9.Aufl.),
§ 157 Anm.7, 8, 62; Wieacker, Sozialmodell, S.18.

denen möglichen Bedeutungen, unter denen sie die maßgebliche zu ermitteln hat.¹⁾ Das Verhältnis, in dem Wille und Erklärung im Rahmen der Auslegung stehen, ist zu unterscheiden von der Beziehung, die zwischen diesen beiden Momenten für die Frage des rechtlichen Geltungsgrundes einer Willenserklärung herrscht; denn es handelt sich um getrennte Bereiche der Beurteilung, die einmal auf die rechtliche Existenz als solche, zum anderen auf die Inhaltsbestimmung der Willenserklärung gerichtet ist.²⁾ In getrennten Bereichen brauchen die Prinzipien, denen die Beurteilung zu folgen hat, nicht identisch zu sein, da unterschiedliche Kriterien eingreifen und Beachtung verdienen. So hängt die Frage des Geltungsgrundes der Willenserklärung allein von der theoretischen und praktischen Gestaltung ab, die das Gesetz abstrakt getroffen hat. Die Auslegung der Willenserklärung setzt dagegen einen konkreten Fall voraus, der bestimmte Personen betrifft und deren Interessen berührt. Die Prinzipien, nach denen sich die Auslegung zu richten hat, können deshalb nicht in abstrakt theoretischer Betrachtung festgelegt werden, die dem konkreten Einzelinteresse nicht gerecht zu werden vermag. Somit kann auch das Verhältnis, in dem Wille und Erklärung bei der Auslegung stehen, nicht auf einer generellen theoretischen Grundlage über die Struktur der Willenserklärung entschieden werden.³⁾

Damit sind Willens-, Erklärungs- und Geltungstheorie jedoch nicht völlig bedeutungslos für die Auslegung. Sie geben zwar keine allgemeingültige Grundlage für eine Methode der Auslegung ab, stellen aber jeweils Momente in den Vordergrund, die im Einzelfall allein oder insgesamt auf ein gerechtes Ergebnis hinlenken. Es führt in der Regel zu einseitigen Ergebnissen,

1) Larenz, Methode, S.69.

2) Dabei sind allerdings Überschneidungen möglich, wenn erst durch Auslegung zu ermitteln ist, ob überhaupt eine wirksame Willenserklärung vorliegt.

3) Erman-Westermann, § 133 Anm.3.

prinzipiell auf Willen oder Erklärung abzustellen. Die gerechte Lösung wird meistens in der Mitte zwischen beiden Extremen durch eine Verbindung der Gegensätze zu finden sein.

Diese Verbindung zwischen Willen und Erklärung, zwischen subjektiven und objektiven Momenten der Auslegung führt der Gedanke des gerechten Interessenausgleichs herbei. Die mehr oder weniger einseitige Berücksichtigung subjektiver oder objektiver Momente wird mit einer Abwägung der beteiligten Interessen überwunden und in einer Gesamtwürdigung vereinigt.

Dabei ist der Begriff der Interessen zu begrenzen auf die Begehrensvorstellungen der Parteien, die eine günstige Rechtsfolge für sich anstreben.¹⁾ Ziel der Rechtsprechung ist es, diese Begehrensvorstellungen zu befriedigen.²⁾ Den Maßstab der rechtlichen Würdigung bildet die Bewertung der Interessen, die das Gesetz abstrakt und generalisierend getroffen hat.³⁾ Diese Bewertung ist nicht nur Ausfluß der Gestaltung von Privatinteressen, sondern verfolgt auch materielle und ideelle Zwecke der Allgemeinheit.⁴⁾

Die Auslegung einer Willenserklärung dient dem Zweck, ihren rechtlich maßgebenden Sinn festzustellen, der den widerstreitenden Interessen der Beteiligten gerecht wird. Dazu tritt

1) Westermann, Interessenkollisionen, S.4; Wesen und Grenzen, S.14 ff.

2) Heck, AcP 112,11.

3) Westermann, Interessenkollisionen, a.a.O.

Während Westermann (a.a.O.) mit Heck und Stoll eine Bindung des Richters an die vom Gesetzgeber gefundenen Bewertungsfaktoren annimmt, die unmittelbar oder mittelbar stets aus dem Gesetz zu entnehmen seien, sieht Esser (Grundsatz und Norm, S.5) die Rückführung allgemeiner Rechtsgedanken auf einzelne Gesetzesstellen als eine überflüssige, demonstrative Form im Hinblick auf systematische Gründe an. In Wahrheit seien diese Prinzipien unabhängig vom Gesetz wirksam, da sie sich aus der Natur der Sache oder der betreffenden Institution rechtfertigen und ein funktionsnotwendiges Stück jeder Einzellösung des gemeinsamen Problemkreises bilden würden.

4) Westermann, a.a.O.; Heck, Begriffsbildung, S.39.

das öffentliche Interesse an einer reibungslosen Abwicklung des Privatrechtsverkehrs im Einklang mit den von der Allgemeinheit verfolgten Zwecken, das von seiner stärksten Ausprägung bei den zwingenden Normen eine Abstufung bis hin zu einem "Friedens- oder Ordnungsinteresse" an der Entscheidung des privaten Interessenkonflikts überhaupt erfährt.¹⁾ Das entscheidende Moment jeder Auslegung besteht in der Abwägung der beteiligten widerstreitenden Interessen; denn sobald ein Interessenkonflikt entfällt, weil alle Beteiligten die Willenserklärung in ihrem gemeinten Sinn richtig verstanden haben oder die Parteien über deren Bedeutung einig sind, ist kein Raum mehr für eine Auslegung. Es ist gleichgültig, welches Gewicht subjektiven oder objektiven Momenten beizumessen ist. Damit wird deutlich, daß diese Momente nicht die alleinmaßgebende Grundlage einer Auslegungsmethode bilden, sondern lediglich als Gesichtspunkte tatsächlicher Natur bei der letztlich entscheidenden Interessenabwägung heranzuziehen sind. Deshalb ist es nicht angebracht, von einer subjektiven oder objektiven Methode auszugehen; denn das Ergebnis wird doch hiervon abweichend in einer interessengemäßen Auslegung bestimmt.

Die beteiligten Interessen sind von Fall zu Fall und von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet verschieden. Darin findet jede Verallgemeinerung ihre Grenze. Die allgemein formulierte Theorie wird von der Eigenart des betreffenden Rechtsgebiets derart beeinflußt, daß die Ergebnisse unterschiedlich ausfallen können. Dies ist auf die arteigenen Wertvorstellungen zurückzuführen, die in jedem Rechtsgebiet systembildend gewirkt haben und in der Rechtsnorm als Konkretisierung der Gerechtigkeitsidee Ausdruck gefunden haben. Die Auslegung hat sich einer solchen Verschiebung der Maßstäbe in den einzelnen

1) Heck, a.a.O.; vgl. auch Adolf Arndt, Die Friedensaufgabe des Richters, NJW 1967, 1585 ff.

Rechtsgebieten anzupassen, um deren Besonderheiten gerecht zu werden.¹⁾ Eine Methode der Auslegung, die für alle Rechtsgebiete Gültigkeit besäße, ist somit in Einzelheiten nicht einmal auf der allgemeinen Grundlage der Interessenabwägung konkretisierbar.

Trotz der Unmöglichkeit einer Verallgemeinerung bedarf die Auslegung einer methodischen Grundrichtung, die alle erwägenswerten Gesichtspunkte berührt und den Maßstab der Beurteilung nicht dem Einzelfall, sondern der von der Rechtsidee geforderten allgemein gerechten Ordnung entnimmt. Denn das Wesen der Gerechtigkeit ist Gleichheit des Maßstabs, mit dem gemessen wird.²⁾ Diese Gleichheit ist nur zu erreichen, wenn die Ergebnisse der Auslegung auf einem im wesentlichen gleichen Weg gefunden werden.

Die Auslegung beginnt mit der Deutung der gebrauchten Worte und führt von dort zu dem Willen des Erklärenden. Die begleitenden Umstände aller Art können herangezogen werden.³⁾ Ein weiterer wichtiger Gesichtspunkt der Auslegung ist der Wert des Ergebnisses⁴⁾, der darin besteht, den mit der Erklärung verfolgten Zweck nicht nur als Mittel der Auslegung heranzuziehen, sondern diesem Zweck auch gerecht zu werden.

Der Wert des Ergebnisses führt unmittelbar zu dem letzten entscheidenden Prinzip der Auslegung - dem Interessenausgleich im Einzelfall. In einer Gesamtwürdigung sind alle aufgezeigten Gesichtspunkte zusammenzufassen und daraufhin zu untersuchen, welches rechtlich schutzwürdige Interesse jeder der Beteiligten an ihrer Beachtung besitzt. Eine Abwägung der In-

1) Westermann, Anpassung, S.283.

2) Esser, Grundbegriffe, S.14 f.

3) Vgl. zu diesen Gesichtspunkten der Auslegung statt aller Enneccerus-Nipperdey, § 206 I und II mit Nachweisen.

4) Enneccerus-Nipperdey, § 206 IV; Flume AT II, § 16, 3e; RG WarnRspr. 1912, Nr.147; vgl. ALR I,4,§ 74.

teressen ergibt das Gewicht, das jedem Gesichtspunkt im Verhältnis zu den übrigen zukommt, und ermöglicht damit eine dem konkreten Fall angepaßte verstärkte Berücksichtigung der subjektiven oder der objektiven Momente, ohne von vornherein durch die Eingruppierung der Erklärung in eine bestimmte Kategorie gebunden oder auch nur beeinflußt zu sein.

Die Auslegung des Rechtsgeschäfts ist somit historisch und zugleich gegenwartsorientiert. Das historische Moment ist auf eine reale Erkenntnis der Umstände gerichtet, die für den Inhalt des Rechtsgeschäfts zur Zeit seiner Errichtung maßgebend waren. Endziel der Auslegung ist jedoch nicht, einen nur historisch interessierenden Sinn des Rechtsgeschäfts zu ermitteln. Das Zeitmoment führt bei der Auslegung dazu, den reproduktiv ermittelten Inhalt teleologisch auf die Gegenwart zu beziehen. Die Auslegung wird damit zur "Gegenwartsdeutung".¹⁾ Die streitenden Parteien begehren jede für sich eine gegenwärtig günstige Rechtsfolge. Für eine Interessenabwägung sind deshalb die Gegenwartsinteressen entscheidend.

Es kommt hinzu, daß die Auslegung zu einem Ergebnis führen muß, das zur Zeit der Entscheidung des Interessenkonflikts der Gerechtigkeit entspricht. Denn die Gerechtigkeit ist die Grundlage jeder Rechtsordnung, weil sie ein Bedürfnis, eine Grundhaltung unseres gesamten Daseins ist.²⁾ Was gerecht ist, hängt von den Zielen ab, die eine Gemeinschaft sich setzt. Diese Ziele sucht sie in einer Entscheidung der Rechtsordnung zu verwirklichen, indem sie bestimmte Interessen auf Kosten anderer bevorzugt.³⁾ Damit hängt die Gerechtigkeit von den Vorstellungen der jeweiligen Rechtsgemeinschaft ab und ist wandelbar wie jede menschliche Vorstellung und Idee. Soll

1) Vgl. Heck, AcP 112, 1(55).

2) Esser, Einführung, S. 13.

3) Esser, a.a.O., S. 15.

das Ergebnis der Auslegung gerecht sein, muß es den Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft zur Zeit der Entscheidung des Interessenkonflikts entsprechen.

Die Auslegung des Rechtsgeschäfts hat im Rahmen des Wertungsmoments die gegenwärtigen Parteiinteressen und Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft zu berücksichtigen. Damit läßt sich jedoch der Zeitpunkt der Entscheidung nicht generell als maßgebend für die Auslegung ansehen. Denn der Zeitfaktor übt auf die Umstände, die den Inhalt des Rechtsgeschäfts bestimmen, einen unterschiedlichen Einfluß aus. Der Parteiwille, Treu und Glauben und die Verkehrssitte sind für den Inhalt eines Rechtsgeschäfts entscheidend (§§ 133, 157 BGB). Deshalb sind Möglichkeit und Bedeutung eines Wandels für jeden dieser maßgebenden Umstände gesondert zu erarbeiten.

Das gegenwartsbezogene Wertungsmoment der Auslegung eröffnet generell die Möglichkeit, die Umstände im Zeitpunkt der Entscheidung zu würdigen. Die Interessenabwägung im Einzelfall hat dann zu ergeben, inwieweit die Umstände in diesem späteren Zeitpunkt auch rechtlich maßgebend sind. Dabei ist nicht von logischen Gesichtspunkten über das "Wesen" der Auslegung auszugehen, sondern entscheidend ist, was die Gerechtigkeit fordert. Denn die Idee des Rechts wird nicht in der konsequenten Durchführung einer Theorie, sondern nur in der Gerechtigkeit erfüllt.

2. Teil: Der maßgebende Zeitpunkt für den Willen der Parteien

I. Allgemeine Grundlagen

Das Rechtsgeschäft ist die willentliche Gestaltung eines Rechtsverhältnisses kraft Selbstbestimmung. Die Auslegung hat deshalb die rechtsgeschäftliche Erklärung als Manifestation einer willentlichen Gestaltung zu werten.¹⁾ Sie hat vom

1) Flume AT II, § 16, 3b.

Willen des Erklärenden auszugehen. Der rechtsgeschäftliche Wille bestimmt als konstitutives Element entscheidend den Inhalt der Willenserklärung; dennoch wäre es ungenau, die Auslegung als Feststellung des Willens zu bezeichnen, da dieser neben Treu und Glauben und der Verkehrssitte nur eines der Elemente bildet, die den Erklärungswert bestimmen.¹⁾

Gemäß § 133 BGB ist bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen. Nach der historischen Entwicklung des Prinzips des § 133 BGB wird der wirkliche Wille von der Vorstellung gekennzeichnet, die der Erklärende vom Inhalt seiner Erklärung hat.²⁾

Die Vorschrift des § 133 BGB besagt jedoch nicht, welcher Zeitpunkt für die Feststellung des rechtserheblichen Willens maßgebend ist.

Die mögliche Zeitspanne wird von dem inneren Entschluß des Erklärenden, eine Willenserklärung zu äußern, und einer eventuellen gerichtlichen Entscheidung über die Auslegung der Willenserklärung gebildet. Innerhalb dieser Zeitspanne kommen eine Reihe von Zeitpunkten in Betracht, die von dem zeitlichen Ablauf der Bildung und der Erklärung des Willens, der Wirksamkeit der Willenserklärung und dem Eintritt der erstrebten Rechtsfolgen und schließlich von der Geltendmachung eines Rechts gekennzeichnet sind.

Zunächst kommt der Zeitpunkt des inneren Willensentschlusses in Betracht, eine Willenserklärung mit einem bestimmten Inhalt zu äußern. Hierauf folgt der Zeitpunkt der Äußerung, in dem der Erklärende seinen inneren Willen äußerlich manifestiert. In diesem Stadium der Willenserklärung handelt es sich noch um einen rechtlich irrelevanten Entwurf, auch wenn

1) Vgl. Flume, a.a.O.

2) Staudinger-Coing, § 133 Anm.30; Enneccerus-Nipperdey, § 205 I 1.

die Erklärung als solche bereits vollständig in dem später abzusendenden Schriftstück enthalten ist.

Rechtlich existent wird die Willenserklärung erst mit der Abgabe durch den Erklärenden.¹⁾ Der Begriff der Abgabe ist im Gesetz nicht geregelt.²⁾ Er läßt sich dahin bestimmen, daß eine Willenserklärung dann abgegeben ist, wenn der Erklärende alles getan hat, was seinerseits erforderlich ist, um seinen rechtsgeschäftlichen Willen endgültig zu äußern, und deshalb mit der Kenntnisnahme zu rechnen ist.³⁾

Ferner kann der Zeitpunkt für den Willen des Erklärenden maßgebend sein, in dem die Erklärung wirksam wird. Die nicht-empfangsbedürftige Willenserklärung wird mit der Abgabe wirksam, da Dritte sie nicht zur Kenntnis nehmen müssen. Die empfangsbedürftige Willenserklärung muß dem Empfänger zugehen, um wirksam zu werden (§ 130 Abs.1 Satz 1 BGB).⁴⁾

Vom Zugang als Wirksamkeitsvoraussetzung der Willenserklärung als solcher ist die Frage zu trennen, ob die Erklärung die beabsichtigte Rechtswirkung erzielt.⁵⁾ Die angestrebten Rechtsfolgen treten nicht in jedem Fall ein, sobald die Erklärung wirksam geworden ist. Die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts

- 1) Motive I, 159; Enneccerus-Nipperdey, § 159; RGZ 65, 270 (273); 170, 380 (382); BGHZ 9, 233 (234); argumentum ex § 130 Abs. 2 BGB.
- 2) Das BGB spricht von "abgeben" oder "Abgabe" z.B. in den §§ 105 Abs. 2, 116 S. 2, 117 Abs. 1, 118, 119 Abs. 1, 121 Abs. 1, 122 Abs. 1, 123 Abs. 1 und 2, 130 Abs. 1 und 2.
- 3) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 159; Flume AT II, § 14, 2; Lehmann-Hübner, § 32 II 5; v. Tuhr AT II 1, 430; Erman-Westermann, § 130 Anm. 3; Soergel-Hefermehl, § 130 Anm. 5; Larenz, AT § 27 II a.
- 4) Vgl. zum Begriff des Zugangs und den möglichen Unterscheidungen bei Erklärungen unter Abwesenden und unter Anwesenden, bei verkörpertem und nicht verkörpertem Erklärungen und den daraus folgenden Variationen: Enneccerus-Nipperdey, § 158 II A u. B; Soergel-Hefermehl, § 130 Anm. 2, 4 ff., 15 ff., 18 ff. m. N.; Larenz, AT § 27 II b und c.
- 5) Das Gesetz gebraucht den Terminus "wirksam" in einem unterschiedlichen Sinn, vgl. § 130 Abs. 1 S. 1 und § 185 BGB.

können davon abhängen, daß weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen hinzutreten. Auf ein Vertragsangebot muß die Annahme erfolgen. Die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts kann von der Zustimmung eines Dritten abhängen.¹⁾ Bei aufschiebend bedingten Rechtsgeschäften hängt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung des Rechtsgeschäfts vom Eintritt der Bedingung ab (§ 158 Abs.1 BGB). Verfügungen von Todes wegen entfalten die primär angestrebte Rechtswirkung erst mit dem Erbfall.²⁾ Obwohl in diesen Fällen wirksame Willenserklärungen im Sinne rechtlicher Existenz vorliegen, gelangt der rechtsschöpferische Wille erst in einem späteren Zeitpunkt zur Auswirkung. Es fragt sich deshalb, ob der Erklärende den Inhalt der Erklärung noch mit einer Willensänderung beeinflussen kann.

Letztlich maßgebend kann endlich der Zeitpunkt sein, in dem ein Recht aus dem Rechtsgeschäft geltend gemacht wird. Eine Auslegung wird erst akut, wenn die Beteiligten über den Inhalt des Rechtsgeschäfts uneinig sind. Läßt sich der Zweifel nur durch einen Rechtsstreit klären, kommt der Zeitpunkt in Betracht, in dem das Gericht das Rechtsgeschäft auslegt. Dabei ergeben sich an dieser Stelle noch nicht näher zu verfolgende prozessuale Besonderheiten.

Die Untersuchung hat zwischen der erläuternden und der ergänzenden Auslegung zu differenzieren. Während die erläuternde Auslegung den tatsächlich vorhandenen Sinngehalt einer Erklärung feststellt, hat die ergänzende Auslegung eine

- 1) Vgl. für das BGB die abschließende Aufzählung bei Flume, AT II, § 54,1.
- 2) Die nicht primär angestrebten Wirkungen der Willenserklärung, wie z.B. die Bindungswirkung des Vertragsangebots (§ 145 BGB) oder des Erbvertrags (§ 2289 Abs.1 S.2 BGB), bleiben hier außer Betracht.

lückenhafte Regelung auszufüllen. Die Lücke des Rechtsgeschäfts kann von Anfang an bestanden haben oder auf Grund späterer Umstände eingetreten sein. Die erläuternde Auslegung stützt sich primär auf den Willen der Parteien, den diese mit der Erklärung verbunden haben. Sie greift damit in jedem Fall auf die Vergangenheit zurück. Die ergänzende Auslegung dagegen fügt dem Rechtsgeschäft eine nicht vorhandene Regelung hinzu und ist allein gegenwartsorientiert. Die Unterscheidung dieser Auslegungsarten weist die Richtung, um den maßgebenden Zeitpunkt für den rechtserheblichen Willen der Parteien festzustellen.

II. Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

1. Nach einhelliger Auffassung ist bei der erläuternden Auslegung der Wille im Augenblick der Abgabe der Erklärung zu ermitteln. Während dies für die Verfügung von Todes wegen durch Testament in Literatur ¹⁾ und Rechtsprechung ²⁾ klar ausgesprochen wird, findet sich für das Rechtsgeschäft unter Lebenden, insbesondere den Vertrag, keine so eindeutige Stellungnahme. Teilweise wird - allgemein gehalten - der Zeitpunkt der Abgabe einer Erklärung für maßgebend erklärt.³⁾ Bei Verträgen wird darauf abgestellt, welchen Willen die Beteiligten bei Abschluß des Rechtsgeschäfts hatten.⁴⁾ Dies ist unproblematisch, wenn Abgabe der Willenserklärung und Vertragsschluß zeitlich unmittelbar aufeinanderfolgen und für eine Willensänderung kein Raum mehr ist. Doch auch bei einer

1) Brox, Einschränkung, § 156; Keuk, S.68 f.; Kipp-Coing, § 21 III 3a; Lange, Erbrecht, § 33 III 5, vgl. aber IheringsJ 82,1(14); Erman-Hense, § 2084 Anm.3; Palandt-Keidel, § 2084 Anm.4a; RGRK-Johannsen, § 2084 Anm.9,10,24, 25; Staudinger-Seybold, Vorbem.vor § 2064 Anm.11.

2) RGZ 110,301(306); BGH FamRZ 1964,501(503).

3) Staudinger-Coing, § 133 Anm.35. Nach Soergel-Hefermehl (§ 130 Anm.27) soll der Inhalt der Erklärung mit der Abgabe feststehen.

4) RGZ 123,312(317); 150,153(154 f.); BGHZ 16,71(75 f.).

längeren Zwischenzeit, die eine Willensänderung durchaus zuließe, ergibt sich aus der Formulierung der überwiegenden Meinung¹⁾, der wirkliche Wille dürfe nur so weit berücksichtigt werden, als er nach dem Gesamtverhalten des Erklärenden in der Erklärung irgendeinen Ausdruck gefunden habe, daß unter dem Willen bei Abschluß des Rechtsgeschäfts der Wille zu verstehen ist, der mit der Abgabe in der Erklärung Ausdruck gefunden hat und in dieser Gestalt bei Vertragsschluß vorliegt.

Es entspreche dem Wesen der Auslegung, den Sinn der Erklärung zur Zeit ihrer Abgabe festzustellen.²⁾ Da die Auslegung das Ziel habe, den hinter der Erklärung verborgenen Willen des Erklärenden zu ermitteln, könne dies nur der Wille im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung sein.³⁾ Spätere Auffassungen und Äußerungen des Erklärenden sollen für die Auslegung nur insoweit in Betracht kommen, als sie einen Rückschluß auf den seinerzeitigen Willen gestatten, nicht aber, soweit sie eine spätere Willensänderung ergeben würden.⁴⁾ Bei formbedürftigen Rechtsgeschäften sei schon aus formalen Gründen für eine Willensänderung eine Neuvernahme erforderlich.⁵⁾

2. Die ergänzende Auslegung hat die Aufgabe, eine lückenhafte rechtsgeschäftliche Regelung auszufüllen. Willenserklärungen sollen häufig zukünftige Rechtsverhältnisse regeln und sind damit den Mängeln ausgesetzt, die eine begrenzte menschliche Voraussicht in sich birgt.⁶⁾ Das Rechtsgeschäft kann unvoll-

1) Vgl. oben S.34 Anm.1.

2) Foer, AcP 153,492(499).

3) Brox, Einschränkung, S.156.

4) Kipp-Coing, § 21 III 3a; Erman-Hense, § 2084 Anm.3; Palandt-Keidel, § 2084 Anm. 4a; Staudinger-Coing, § 133 Anm.35; Staudinger-Seybold, Vorbem. vor § 2064 Anm.11.

5) Lange, Erbrecht, § 33 III 5; RGRK-Johannsen, § 2084 Anm.9; Staudinger-Seybold, a.a.O.

6) Vgl. in ähnlichem Sinn Iul.D.1,3,10: neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur,

ständig sein, weil die Parteien meistens nur die wichtigsten Punkte regeln. Die späteren Verhältnisse können zu einer Entwicklung führen, an die bei Abschluß des Rechtsgeschäfts nicht gedacht wurde und die nunmehr eine Regelung verlangt, um Sinn und Zweck des Geschäfts zu erfüllen. Andererseits kann der Wortlaut der Erklärung so weit und unbestimmt gefaßt sein, daß er auch einen Sachverhalt deckt, der dem Zweck des Geschäfts nicht entspricht.¹⁾ Um eine regelungsbedürftige Lücke zu schließen, ist das den Parteien vorschwebende Ziel aus dem wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Zweck des Geschäfts und der Interessenlage, aus der Verkehrssitte, den begleitenden Umständen und der Lebenserfahrung zu ermitteln.²⁾ Die gesetzliche Grundlage der ergänzenden Auslegung bildet § 157 BGB³⁾; denn die dort vorgeschriebene Auslegung nach Treu und Glauben verpflichtet dazu, die Willenserklärungen mit dem Ziel einer sachgerechten und vernünftigen Regelung zu interpretieren.⁴⁾ Dies gilt nicht nur für Verträge. Die ergänzende Auslegung ist bei Rechtsgeschäften aller Art zulässig.⁵⁾ Sie wird im Testamentsrecht aus dem den Besonderheiten des Erbrechts angepaßten Bestreben abgeleitet, dem Willen des Erblassers

1) Soergel-Siebert-Knopp, § 157 Anm.99.

2) Enneccerus-Nipperdey, § 205 II 2.

3) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. und Anm.29 m.N.; Brox, Einschränkung, S.130; Lehmann-Hübner AT § 30 VI 5b; Erman-Westermann, § 133 Anm.3; Erman-Hefermenl, § 157 Anm.7; RGRK-Krüger-Nieland, § 157 Anm.7; Soergel-Siebert (9.Aufl.), § 157 Anm.73; Staudinger-Coing, § 133 Anm.37; RGZ 87,211 (213 f.); 92,318(320); 129,80(88); 136,178(185); RG WarnRspr 1916 Nr.69, Nr.157; HRR 1929 Nr.794; 1934 Nr.1275; JW 1935,1233; BGHZ 9,273(278); BAG BB 1957,257; NJW 1958,1061.

4) Staudinger-Coing, § 133 Anm.37.

5) Soergel-Siebert (9.Aufl.), § 157 Anm.77; Erman-Westermann, § 133 Anm.3.

so weit wie möglich Geltung zu verschaffen.¹⁾ Sie darf jedoch nicht den Inhalt der Erklärungen verändern, indem sie sich in Widerspruch zu dem Parteiwillen setzt.²⁾ Unzulässig ist es auch, den Vertragsgegenstand zu erweitern.³⁾ Die ergänzende Auslegung wird dadurch begrenzt, daß die zu ergänzende Bestimmung aus dem Gesamtzusammenhang des Rechtsgeschäfts in einer für die Parteien verständlichen Weise gefolgert werden kann und muß.⁴⁾ Besteht das Rechtsgeschäft aus mehreren Willenserklärungen, ist nicht die einzelne Erklärung, sondern das Rechtsgeschäft als Ganzes inhaltlich zu ergänzen.⁵⁾

Da es sich bei der ergänzenden Auslegung ihrem Wesen nach um Auslegung des Rechtsgeschäfts handelt, ist ihr Ergebnis dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien zuzurechnen. Sie hat auf Grund der Privatautonomie den Vorrang vor dem ergänzenden dispositiven Gesetzesrecht.⁶⁾

1) Erman-Westermann, a.a.O.; Staudinger-Seybold, Vorbem. vor § 2064 Anm.12.

2) RG HRR 1929 Nr.794; 1933 Nr.1573; 1934 Nr.1275; BGHZ 9, 273(278); 23,282(285); 24,165(169); RGRK-Krüger-Nieland, § 157 Anm.10; Soergel-Siebert-Knopp, § 157 Anm.114; Staudinger-Coing, § 133 Anm.37; Palandt-Danckelmann, § 157 Anm.2a; Erman-Westermann, § 133 Anm.3.

3) RGZ 87,211(213 f.); 92,318(320); 129,80(88); 136,178(185); 158,394(398); BGHZ 9,273; RGRK-Krüger-Nieland, § 157 Anm.10; Soergel-Siebert-Knopp, § 157 Anm.116; Staudinger-Coing, § 133 Anm.37; Enneccerus-Nipperdey, § 205 II 2; Erman-Hefermehl, § 157 Anm.7b; Erman-Westermann, § 133 Anm.3.

4) Larenz, Methode, S.102.

5) Soergel-Siebert-Knopp, § 157 Anm.100; Staudinger-Coing, § 133 Anm.38b; RG SeuffA 88 Nr.65.

6) Erman-Hefermehl, § 157 Anm.7d; Soergel-Siebert (9.Aufl.), § 157 Anm. 80 f.; Staudinger-Coing, § 133 Anm.37; Keuk, S.95.

Nach der Gegenmeinung findet die ergänzende Auslegung ihre Grenze, wo Lücken des Rechtsgeschäfts durch eigens dafür geschaffene gesetzliche Vorschriften geregelt werden; denn in diesem Fall seien die Lücken nicht mehr ausfüllungsbedürftig. Vgl. BGH LM BGB § 133 (A) Nr.5; RGZ 159,254 (256); Enneccerus-Nipperdey, § 205 II 2; G.Reinicke, MDR 1958,27(28); Lehmann-Hübner, § 30 VI 5a; Erman-Westermann, § 133 Anm.3; RGRK-Krüger-Nieland, § 157 Anm.10; Palandt-Danckelmann, § 157 Anm.2a; Henckel, AcP 159,106(122).

a) Nach der h.M. wird eine rechtsgeschäftliche Lücke im Wege der ergänzenden Auslegung methodisch in erster Linie an Hand des hypothetischen Parteiwillens ausgefüllt. Bei Verträgen sei nach den Richtlinien von Treu und Glauben im Verkehr und unter Berücksichtigung des für die ins Auge gefaßten Fälle ausgedrückten Willens zu ermitteln, was für einen später eingetretenen, bei Vertragsschluß nicht vorgesehenen Fall zwischen den Parteien rechtens sein soll.¹⁾ Zur Ergänzung letztwilliger Verfügungen sei festzustellen, was nach der Willensrichtung des Erblassers zu der Zeit, da die Verfügung von ihm getroffen wurde, als gewollt anzusehen sei, sofern er vorausschauend das spätere Ereignis bedacht haben würde.²⁾ Maßgebend für die Ermittlung des hypothetischen Willens soll bei Verträgen der Zeitpunkt des Vertragsschlusses³⁾, bei letztwilligen Verfügungen der Zeitpunkt der Errichtung⁴⁾ sein. Spätere Äußerungen des Erklärenden seien nur als Rückschluß auf den früheren Willen zu verwerten.⁵⁾

Neben das subjektive Merkmal des hypothetischen Willens tritt jedoch eine objektive Betrachtungsweise. Es wird nicht mit Hilfe eines irrationalen psychologischen Willens ermittelt, wie sich die Parteien in Wirklichkeit verhalten hätten; vielmehr wird gefragt, was die Parteien bei vernünftiger und billiger Berücksichtigung aller Umstände und der beiderseitigen Interessen vereinbart hätten, wenn sie den außer acht gelassenen

1) RG JW 1937, 3025.

2) RGZ 99, 82(85).

3) Brox, Einschränkung, S. 131 f.; RGRK-Krüger-Nieland, § 157 Anm. 7 und 8; Staudinger-Coing, § 133 Anm. 37; RG HRR 1929 Nr. 794; JW 1937, 3025.

4) RGZ 99, 82(85); 110, 301(306); 134, 277(280); 142, 171(174); RG LZ 1929, 1406(1408); BGH LM BGB § 242 (A) Nr. 7; § 2084 Nr. 5; EG Art. 7 ff. Nr. 43; DNotZ 1953, 100(101); RdL 1956, 299(300); FamRZ 1962, 256; BayObLGZ 1954, 27(36); Brox, Einschränkung, S. 154, 156; Erbrecht RN 135; Enneccerus-Nipperdey, § 205 Anm. 25; Kipp-Coing, § 21 III 3d; Lange, Erbrecht, § 33 III 5; Siber, S. 356 ff.; Erman-Hense, § 2084 Anm. 3; Palandt-Keidel, § 2084 Anm. 4b; RGRK-Krüger-Nieland, § 133 Anm. 17; RGRK-Johannsen, § 2084 Anm. 26 ff.; Siebert-Ehard-Eder (9. Aufl.), § 2084 Anm. 7; Staudinger-Seybold, Vorbem. vor § 2064 Anm. 12.

5) Vgl. BGH FamRZ 1962, 256(257).

Umstand bei Vertragsschluß vorhergesehen hätten.¹⁾

Die ergänzende Auslegung müsse allerdings immer einen Anhaltspunkt in dem Rechtsgeschäft finden.²⁾ Sie komme nicht zur Ausfüllung einer nachträglich entstandenen Lücke in Betracht, wenn sich das eingetretene Ereignis infolge einer Veränderung der allgemeinen Verhältnisse und der Rechtsanschauung einer Beurteilung nach dem Parteiwillen entziehe.³⁾

b) Die Gegenmeinung sieht den hypothetischen Parteiwillen nicht als geeigneten Maßstab für die ergänzende Auslegung an.⁴⁾ Dieses Merkmal gewährleiste in keiner Weise die Einhaltung der Grenzen der ergänzenden Auslegung, da es beliebig ausgedehnt werden könne.⁵⁾ Es komme auch deshalb nicht in Betracht, weil nur ein objektiv gewordener, in einer Handlung oder Erklärung verkörperter Wille Grundlage einer Rechtsfolge sein könne, und weil das, was die Parteien mutmaßlich gewollt haben, vielfach auseinandergehe.⁶⁾ Die Auslegung auf Grund des hypothetischen Parteiwillens sei in Wahrheit oft freie richterliche Rechtsschöpfung.⁷⁾ Entscheidend für die ergän-

1) RGZ 92,417(420 f.); 132,23(33); RG Gruchot 54,386(387 f.); HRR 1929 Nr.794; 1934 Nr.1275; JW 1935,1233 Nr.2; 1938,42 Nr.19; BGHZ 5,302(311); 9,273(278); 16,71(76); BGH MDR 1952,351(353); NJW 1955,337; Brox, Einschränkung, S.131 f.; Enneccerus-Nipperdey, § 205 Anm.28; Lehmann-Hübner, § 30 VI 5b; RGRK-Krüger-Nieland, § 157 Anm.8; Staudinger-Coing, § 133 Anm.38.

2) RGZ 92,318(320) und 417(421); 99,82(86); 134,277(280); 136,178(185) und 266(271); 142,171(175); RG HRR 1931 Nr.1428; BGHZ 22,357(360); Enneccerus-Nipperdey, § 205 II 2; Lehmann-Hübner, § 30 VI 5b; Kipp-Coing, § 21 III 3d; RGRK-Krüger-Nieland, § 157 Anm.10; RGRK-Johannsen, § 2084 Anm.30; Staudinger-Seybold, Vorbem.vor § 2064 Anm.12; a.A.: Brox, Einschränkung, S.154.

3) BGHZ 23,282; RGRK-Krüger-Nieland, § 157 Anm.8; Palandt-Danckelmann, § 157 Anm. 2a.

4) Flume, AT II, § 16, 4d und 5; Larenz, Methode, S.103 f., Schuldrecht I, § 8 II; Erman-Hefermehl, § 157 Anm.7; Soergel-Siebert-Knopp, § 157 Anm.123; Keuk (S.68 f.) und Foer (AcP 153,492,510) sehen den hypothetischen Willen nur als Notlösung an, ziehen jedoch den späteren aktuellen Willen vor.

5) Soergel-Siebert-Knopp, a.a.O.

6) Larenz, Schuldrecht I, § 8 II.

7) Soergel-Siebert-Knopp, a.a.O.

zende Auslegung sei eine vernünftige Interessenabwägung nach objektiven Maßstäben, die von den rechtsgeschäftlich getroffenen Wertungen der Parteien auszugehen und diese Interessenwertung auf die nicht geregelten Punkte auszudehnen habe.¹⁾ Es sei zu ermitteln, was sich, wenn auch nicht aus den Worten, so doch aus dem erkennbaren objektiven Zweck, dem Sinnzusammenhang, dem Grundgedanken des Vertrages ergebe.²⁾ Die ergänzende Auslegung finde damit ihre Grundlage in der dem Rechtsgeschäft immanenten Teleologie.³⁾

Überwiegend wird von den Vertretern dieser Meinung nicht dargelegt, von welchem zeitlichen Standpunkt aus die Interessenabwägung erfolgen soll, d.h. ob die Maßstäbe sich nach dem Zeitpunkt der Entscheidung über die ergänzende Auslegung oder nach dem Zeitpunkt der Erklärung bestimmen. Flume⁴⁾ sieht als Ausgangspunkt das Geschäft an, wie es seinerzeit geschlossen worden ist. Die ergänzende Auslegung sei aber ex nunc vorzunehmen, so daß eine erst nachträglich entstandene Verkehrssitte zu berücksichtigen und von den Rechtsanschauungen⁵⁾ im Zeitpunkt der ergänzenden Auslegung auszugehen sei. Bei einer Verfügung von Todes wegen führe das Gebot der Auslegung ex nunc zu einer ergänzenden Auslegung, die auch im Sinne des aktuellen, von dem Erblasser in der Zeit nach Errichtung der Verfügung bezeugten Willens zu erfolgen habe.⁶⁾ Die ergänzende Auslegung

1) Erman-Hefermehl, § 157 Anm.7; Erman-Westermann, § 133 Anm.3.

2) Soergel-Siebert-Knopp, § 157 Anm.125.

3) Larenz, Schuldrecht I, § 8 II.

4) AT II, § 16, 4c.

5) BGHZ 23,282(285 f.) schließt bei einem Wandel der Rechtsanschauung die ergänzende Auslegung aus, wenn sich das spätere Ereignis einer Beurteilung nach dem Vertragswillen entziehe.

6) Flume, AT II, § 16,5; Keuk,S.69; Lange, IheringsJ 82,1(14), anders jetzt Erbrecht, § 33 III 5 im Sinne der h.M.

trete damit an die Stelle einer an sich möglichen, aber unterlassenen formgerechten Regelung durch den Erblasser selbst. Habe der Erblasser sich zu der neuen Situation geäußert, so sei es geboten, diese Äußerung zu respektieren und die ergänzende Auslegung hieran auszurichten.¹⁾ In diesem Fall sei die ergänzende Auslegung vom Zeitpunkt des Erbfalls aus vorzunehmen. Das Formerfordernis werde erfüllt, wenn die ergänzende Auslegung die letztwillige Verfügung im Sinne des Testators weiterdenke und in der Verfügung selbst die richtungsweisende Grundlage finde. Die Ergänzung müsse aus der Verfügung herzu-leiten sein, schon in ihr "stecken". Mit der Beachtung des nachträglichen Willens werde dann nicht eine neue, formlose letztwillige Verfügung anerkannt, sondern die ursprüngliche Verfügung werde lediglich den neuen Gegebenheiten angepaßt.²⁾ Würden diese Grenzen der ergänzenden Auslegung eingehalten, so decke die Form der ursprünglichen Verfügung auch den späteren Willen des Erblassers.

Eine Untersuchung dieser in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansichten hat von der Interessenlage auszugehen, die beim Rechtsgeschäft unter Lebenden und bei der Verfügung von Todes wegen grundlegende Unterschiede aufweist.

III. Der maßgebende Zeitpunkt beim Rechtsgeschäft unter Lebenden

1. Bei der erläuternden Auslegung des Rechtsgeschäfts unter Lebenden ist zwischen der empfangsbedürftigen und der nicht-empfangsbedürftigen Willenserklärung zu unterscheiden.

a) Die empfangsbedürftige Willenserklärung ist von ihrem Ziel her dazu bestimmt, unmittelbar auf einen anderen Rechtskreis

1) Keuk, S.69.

2) Keuk, S.88.

einzuwirken. Dementsprechend ist als Wirksamkeitsvoraussetzung ihr Zugang bei dem Erklärungsempfänger erforderlich. Mit diesem Zeitpunkt hat der Empfänger ein schutzwürdiges Interesse erlangt, auf die Erklärung so, wie sie ihm inhaltlich zugegangen ist, vertrauen zu dürfen und seine Verhältnisse entsprechend einzurichten. Daraus folgt, daß die Erklärung der unbeschränkten Parteiherrschaft des Erklärenden entzogen ist. Dies hat in dem Ausschluß des Widerrufs seinen gesetzlichen Ausdruck gefunden (§ 130 Abs.1 S.2 BGB). Andererseits ist die Parteiherrschaft des Erklärenden nicht völlig ausgeschlossen, da ihm unter bestimmten Voraussetzungen ein Anfechtungsrecht zusteht. Die Anfechtung hat unter Umständen zur Folge, daß der Erklärende dem Empfänger, der berechtigterweise auf die Erklärung vertraut hat, den Vertrauensschaden zu ersetzen hat (§ 122 BGB).

Die gesetzliche Interessenbewertung bei der empfangsbedürftigen Willenserklärung zeigt, daß bis zum Zugang als dem Zeitpunkt rechtlicher Wirksamkeit das Interesse des Erklärenden gegenüber dem des Empfängers unumschränkter Vorrang genießt, während bei der wirksam gewordenen Erklärung das Interesse des Empfängers aus Gründen der Rechtssicherheit mindestens gleichrangig ist.

aa) Jede Willenserklärung findet ihren Ausdruck in einer Äußerung. Mit der Äußerung verbindet der Erklärende einen jedenfalls nach seiner Ansicht bestimmten rechtsschöpferischen Willen. Erst mit der Abgabe als Entäußerung beginnt jedoch die rechtliche Existenz der Willenserklärung, da die Rechtsordnung nur aus der abgegebenen Erklärung Rechtsfolgen herleitet.¹⁾ Während bei der mündlichen Erklärung Äußerung und

1) Vgl. § 130 Abs.2 BGB. Nach gemeinem Recht begann die rechtliche Existenz der Willenserklärung dagegen erst mit ihrer Vervollendung, d.h. regelmäßig mit dem Zugang bei dem Empfänger.

Abgabe in einem Akt zusammenfallen, lassen sie sich bei der verkörperten Erklärung trennen und erfolgen meistens mit mehr oder weniger großem zeitlichen Abstand. Der Erklärende hat die Möglichkeit, seinen Willen, den er bei der Äußerung mit der Erklärung verbunden hat, bis zur Abgabe zu ändern. Un-
erheblich ist es, ob die Willensänderung ausdrücklich in die bereits abgefaßte Urkunde übernommen wird ¹⁾, ob der geänderte Wille rein objektiv mit dem Wortlaut der schon geäußerten Erklärung vereinbar ist oder ob diese objektive Vereinbarkeit nur nach der Vorstellung des Erklärenden besteht und er deshalb von einer schriftlichen Ergänzung absieht. Maßgebend für die Auslegung ist zunächst jedenfalls der spätere Wille, den der Erklärende bei der Abgabe mit seiner Erklärung verbindet. Denn erst mit diesem Zeitpunkt tritt die Erklärung in den Bereich rechtlicher Existenz, so daß vorher auch kein rechtlich schutzwürdiges Interesse des Empfängers besteht, den Erklärenden an der ursprünglichen Fassung seines Willens festzuhalten. Nach der hier vertretenen Ansicht kommt es auch nicht darauf an, ob die Änderung des früheren Willens irgendeinen Ausdruck in der Erklärung gefunden hat.²⁾ Erklärt ist der gesamte Wille, den der Erklärende im Augenblick der Abgabe mit seiner Erklärung verbunden hat.

Aus dem Zusammenhang, der zwischen Auslegung und Anfechtung einer Willenserklärung besteht, läßt sich entnehmen, daß das Gesetz grundsätzlich den Willen im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung als maßgebend ansieht. Denn die Anfechtung wegen Inhaltsirrtums setzt nach § 119 Abs.1 BGB u.a. voraus, daß der Erklärende "bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtume war".

bb) Andererseits ist eine Willensänderung zwischen Abgabe und Zugang der Erklärung unter den Voraussetzungen des

1) Je nach der Intensität der Willensänderung - im weitesten Sinne von der bloßen Ergänzung bis zur völligen Neufassung verstanden - und dem damit erfolgten Eingriff in die geäußerte Erklärung wird man in diesen Fällen auch zu einer vollständig neuen Willenserklärung kommen können.

2) Siehe oben S.39 ff.

§ 130 Abs.1 S.2 BGB rechtlich relevant. Die Willenserklärung wird nicht wirksam, wenn die Willensänderung dem Empfänger vorher oder gleichzeitig als Widerrufserklärung zugeht. Aus dieser Regelung ergibt sich die Wertung des Gesetzes, daß eine Willenserklärung bis zum Zugang in der Einflußsphäre des Erklärenden verbleibt. Die Interessenlage zeigt, daß die zeitliche Grenze für eine Willensänderung des Erklärenden dort zu ziehen ist, wo die Sicherheit des Rechtsverkehrs und die Interessen des Empfängers verlangen, auf Bestand und Inhalt der Erklärung vertrauen zu dürfen. Solange aber die Erklärung allein der Herrschaft des Erklärenden unterliegt, kann er seinen Willen mit rechtlicher Wirkung ändern.

Daraus läßt sich folgern, daß die These der h.M., maßgebend für den Willen des Erklärenden sei der Zeitpunkt der Abgabe, nicht in allen Fällen zutreffen kann. Wenn ein Widerruf die Willenserklärung nicht ersatzlos aufhebt, sondern inhaltlich einschränkt oder erweitert, fragt es sich, auf welcher Erklärung die Wirkungen des Rechtsgeschäfts beruhen. Wenn z.B. der Käufer im Kaufangebot über 1000 Stück der Ware A auf "2000 Stück" erweitert, ist anzunehmen, daß für den Vertragsabschluß als Angebot allein die zweite Erklärung fungiert. Schränkt der Käufer das Kaufangebot dagegen auf "100 Stück" ein, läßt sich vertreten, der Kaufvertrag über 100 Stück beruhe auf der ersten oder auch auf der zweiten Erklärung; denn der Käufer wollte die erste Erklärung hinsichtlich 100 Stück nicht widerrufen. Vollends deutlich wird die Fortwirkung der ersten Erklärung dann, wenn der Erklärende "statt 900 Stück der Ware A die gleiche Anzahl der Ware B" bestellt. Ergibt sich aus der Bestellung der Ware B, der Widerrufserklärung, daß der Erklärende auch mit den verbliebenen 100 Stück der Ware A hinsichtlich bestimmter Eigenschaften eine konkrete Vorstellung verbindet, die möglicherweise erst nach Abgabe der ersten Erklärung entstanden ist, so wird dieser spätere Wille gleichwohl für den Empfänger maßgebend. Auch beim form-

freien Widerruf einer formbedürftigen Erklärung¹⁾ kann die Wirkung des erstrebten Rechtsgeschäfts wegen der Form nur auf der ersten, formellen Erklärung beruhen. Schränkt z.B. der Erklärende seine formelle Erklärung später durch einen formlosen Widerruf ein, aus dem sich ergibt, daß er den bestehen bleibenden Teil der formellen Erklärung in einem bestimmten, mit dem Wortlaut zu vereinbarenden Sinn verstanden wissen will, so wird die formelle Erklärung auch nur mit diesem Inhalt wirksam. In diesen Fällen ist also auch eine Willensänderung zwischen Abgabe und Zugang für den Inhalt der ersten Erklärung erheblich.

cc) Zusammenfassend ist festzustellen, daß beim Rechtsgeschäft unter Lebenden für empfangsbedürftige Willenserklärungen grundsätzlich der Wille maßgebend ist, den der Erklärende im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung hat. Durch einen nach § 130 Abs.1 S.2 BGB zulässigen Widerruf kann der Erklärende jedoch auf Grund einer Willensänderung auch der bereits früher abgegebenen, aber noch nicht zugegangenen Erklärung einen anderen Inhalt geben.

b) Bei der nichtempfangsbedürftigen Willenserklärung als Rechtsgeschäft unter Lebenden wird die Interessenlage dadurch gekennzeichnet, daß die Erklärung nicht unmittelbar auf einen anderen Rechtskreis einwirkt. Die Interessen des Erklärenden können so lange allein maßgeblich bleiben, wie nicht die Interessen eines anderen berührt werden.

Die nichtempfangsbedürftige Willenserklärung wird mit der Abgabe existent. Rechtlich maßgebend ist daher primär der Wille, den der Erklärende bei der Abgabe mit der Erklärung verbindet.

Ob eine spätere Willensänderung den Inhalt der rechtswirksamen Erklärung beeinflussen kann, läßt sich nicht generell entscheiden. Während die empfangsbedürftige Willenserklärung grundsätzlich mit Rücksicht auf den Empfänger nur so lange widerrufen werden kann, wie sie noch nicht wirksam ist, erfordert die Interessenlage bei der nichtempfangsbedürftigen

1) Staudinger-Collg., § 130 Anm.17.

Willenserklärung in der Regel nicht, den Erklärenden mit der Abgabe endgültig an seine Erklärung zu binden. Er kann die Erklärung widerrufen, solange sein Interesse gegenüber dem etwaiger Dritter vorrangig ist. Solange keine anderen Interessen als die des Erklärenden berührt werden, ist die Erklärung allein seiner Willensherrschaft untergeordnet. Auch bei der nichtempfangsbedürftigen Willenserklärung ist daher der Wille des Erklärenden maßgebend, bis er sein Widerrufsrecht verliert. Im Gegensatz zur empfangsbedürftigen Willenserklärung läßt sich hierfür ein genereller Zeitpunkt nicht bestimmen. Es fehlt ein einheitliches Kriterium, wie es der Zugang als zeitliche Grenze zwischen dem Einfluß der Interessen des Erklärenden und denen des Empfängers auf den Inhalt der Willenserklärung bildet.

Das Gesetz hat der unterschiedlichen Interessenlage dadurch Rechnung getragen, daß es in den meisten Fällen ausdrücklich festgelegt hat, ob überhaupt und bis zu welchem Zeitpunkt ein Widerruf erklärt werden kann. Im übrigen ist dies der Wertung zu entnehmen, wie sie in der gesetzlichen Regelung des einzelnen Rechtsgeschäfts zum Ausdruck kommt.

Beim Stiftungsgeschäft ist der Stifter gemäß § 81 Abs.2 S.1 BGB bis zur Erteilung der behördlichen Genehmigung zum Widerruf berechtigt. Die Auslobung kann gemäß § 658 Abs.1 S.1 BGB grundsätzlich bis zur Vornahme der Handlung widerrufen werden, jedoch nur durch eine besondere Mitteilung oder in der Weise, wie sie bekanntgemacht worden ist (§ 658 Abs.1 S.2 BGB). Ist bei einem Stiftungsgeschäft die Genehmigung der zuständigen Behörde beantragt, so kann der Widerruf nur der Behörde gegenüber erklärt werden (§ 81 Abs.2 S.2 BGB). Eine durch Widerruf erklärte Willensänderung, die auf den Inhalt der früheren Erklärung einwirken soll, ist deshalb nur unter diesen Voraussetzungen beachtlich.

Die Schuldverschreibung auf den Inhaber ist so lange widerrufbar, bis ein anderer das Recht als berechtigter Inhaber des Papiers erworben hat. Ebenso ist die Willenserklärung bei der Dereliktion als widerrufbar anzusehen, solange nicht ein anderer sich die Sache angeeignet hat ¹⁾; denn weder die Sicherheit des Rechtsverkehrs noch das Interesse anderer Personen stehen dem entgegen. Die Anerkennung dieser Möglichkeit hat zur Folge, daß der frühere Eigentümer die Eigentumsaufgabe allein durch einen Willensakt rückgängig machen kann, ohne auf ein Anfechtungsrecht oder das Institut der Aneignung angewiesen zu sein. Es ist nicht erforderlich, daß der frühere Eigentümer zusätzlich noch den durch die Besitzaufgabe hervorgerufenen Rechtsschein einer Herrenlosigkeit der Sache beseitigt. Denn einen gutgläubigen Erwerb gibt es im Bereich des Aneignungsrechts herrenloser Sachen nicht. Dies ist von praktischer Bedeutung, wenn ein Anfechtungsgrund fehlt oder die Aneignung nach § 958 Abs.1 BGB ausscheidet, weil der frühere Eigentümer die Sache nicht sofort wieder in Besitz nehmen kann.

Auch wenn der Wille bei der Dereliktion ganz allgemein auf die Eigentumsaufgabe gerichtet sein muß und somit an sich kein Raum für eine differenzierte inhaltliche Gestaltung bleibt, kann die Auslegung auf Grund des späteren Willens jedenfalls dazu führen, eine Aufgabe des Eigentums zugunsten einer bestimmten Person anzunehmen, wenn der Erklärende seinen Willen dahingehend ändert. ²⁾

Das Vaterschaftsanerkennnis und die Annahme der Erbschaft sind unwiderruflich, da es im Wesen dieser Erklärungen liegt, endgültige Klarheit über einen bis dahin ungewissen Rechtszustand zu schaffen. ³⁾

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 203 Anm.21; a.A.: v.Tuhr, AT II 1, S.409, der eine öffentliche Zustellung analog § 132 Abs.2 BGB verlangt.

2) Damit ist im Zweifel eine Eigentumsübertragung gewollt; RGZ 83,223(229); Erman-Hefermehl, § 959 Anm. 1a.

3) Vgl. Staudinger-Lenmann, § 1943 Anm.3 zur Analogie des § 130 Abs.1 S.2 BGB.

2. Die ergänzende Auslegung des Rechtsgeschäfts unter Lebenden setzt an dem Punkt ein, der eine erläuternde Auslegung nicht mehr zuläßt. Während diese den Inhalt einer Willenserklärung zu ermitteln sucht, wie er von den Parteien des Rechtsgeschäfts gemeint und verstanden wurde, geht die ergänzende Auslegung über den Rahmen des gemeinten und verstehbaren Inhalts hinaus. Sie soll eine Regelung für die Fragen finden, die von dem aktuellen Willen und Verständnis der Parteien bei Abschluß des Rechtsgeschäfts nicht unmittelbar erfaßt wurden.

Solange und soweit der Wille des Erklärenden im Wege der erläuternden Auslegung berücksichtigt werden kann, bedarf es keiner ergänzenden Auslegung. Da der rechtsgeschäftliche Wille den Inhalt der Erklärung so lange beeinflussen kann, bis ein Widerruf ausgeschlossen ist, ergibt dieser Zeitpunkt grundsätzlich auch die Grenze zwischen erläuternder und ergänzender Auslegung.

Auf der anderen Seite ist die ergänzende Auslegung zur richterlichen Ergänzung des Rechtsgeschäfts hin abzugrenzen. Nach der h.M. wird diese Grenze dadurch gebildet, daß die ergänzende Auslegung einen Anhaltspunkt in dem Rechtsgeschäft finden müsse, um noch Auslegung zu sein.¹⁾ Lehnt man dagegen wie hier dieses Erfordernis ab, weil es aus Sinn und Zweck des § 133 BGB nicht als Voraussetzung für eine Auslegung aufzustellen ist, verliert es seinen Wert auch als Abgrenzungsmerkmal zur richterlichen Ergänzung. Diese Grenze ist vielmehr in der Erkenntnis zu ziehen, daß die ergänzende Auslegung nichts anderes ist als eine Interessenabwägung auf der Grundlage der rechtsgeschäftlichen Regelung. Sie ist deshalb berechtigt, weil sie die von den Parteien getroffene Regelung zum Ausgangspunkt nimmt und die zu ergänzende Bestimmung aus dem Gesamtzusammenhang des Rechtsgeschäfts folgert. Damit wahrt sie den Grundsatz der privatautonomen Gestaltung und

1) Siehe oben S.61 Anm.2).

wird erst dann zur richterlichen Ergänzung, wenn die zu ergänzende Bestimmung in keiner Weise mehr aus dem Gesamtzusammenhang des Rechtsgeschäfts zu folgern ist und als ein Eingriff von außen erscheint.

Die Notwendigkeit einer Folgerung aus dem Gesamtzusammenhang des Rechtsgeschäfts zwingt jedoch nicht dazu, mit der h.M.¹⁾ auf einen hypothetischen Parteiwillen abzustellen und den aktuellen Willen des Erklärenden nur als Rückschluß zu bewerten. Für die h.M. ist der spätere Wille deshalb nicht maßgeblich, weil sie glaubt, sich auch bei der ergänzenden Auslegung nicht vom Erklärungszeitpunkt lösen zu können. Der Rückschluß auf den hypothetischen Willen folgt notwendig aus der unrichtigen Prämisse, daß bei der ergänzenden Auslegung etwas auszulegen sei, was bereits im Zeitpunkt der Erklärung vorhanden gewesen sei.²⁾ Die ergänzende Auslegung ist jedoch nicht darauf gerichtet, den Sinn der Erklärung für jenen Zeitpunkt zu ermitteln, sondern eine sach- und zweckgerechte Regelung für die Gegenwart aufzustellen. Wenn dagegen die h.M. den hypothetischen Willen in der Vergangenheit zu erforschen sucht, bemüht sie sich um etwas, das tatsächlich gar nicht vorhanden ist und macht damit eine nicht verifizierbare Hypothese zur Grundlage der ergänzenden Auslegung.

Ebenso fragwürdig ist die Ansicht des BGH³⁾, die ergänzende Vertragsauslegung komme zur Ausfüllung einer nachträglich entstandenen Vertragslücke nicht in Betracht, wenn sich das eingetretene Ereignis infolge einer Veränderung der allgemeinen Verhältnisse und der Rechtsanschauung einer Beurteilung nach dem Vertragswillen entziehe. Der BGH kommt zu diesem Ergebnis, ohne daß er sich im einzelnen mit der anderen Alternative, der veränderten Rechtsanschauung Rechnung zu tragen, auseinandersetzt. Selbst wenn man den hypothetischen

1) Vgl. oben S.60.

2) Flume, AT II, § 16,5.

3) BGHZ 23,282 ff.

Willen als Auslegungskriterium anerkennt, geht der BGH hier nicht folgerichtig vor, sondern entscheidet vom Ergebnis her, das zu einer Aberkennung von Pensionsrechten aus der Zeit des Nationalsozialismus führte. Auch von den Anhängern des hypothetischen Willens wird zugegeben, daß sie etwas tatsächlich nicht Vorhandenes festzustellen suchen. Bei einer bloßen Hypothese kann man aber nicht wie der BGH einfach unterstellen, das spätere Ereignis entziehe sich einer Beurteilung nach dem Vertragswillen. Mit dem gleichen Recht läßt sich behaupten, eine Hypothese könne sich auch über etwas nicht Vorhersehbares hinwegsetzen. Es kommt auch gar nicht darauf an, ob das spätere Ereignis vorhersehbar war oder nicht. Denn in jedem Fall einer nachträglichen Lücke des Rechtsgeschäfts entzieht sich das Ereignis einer Beurteilung nach dem Parteiwillen, der immer auf anderen Verhältnissen beruht. Wenn der Erklärende bei Abschluß des Rechtsgeschäfts an das spätere Ereignis denkt, ohne es weiter zu berücksichtigen, liegt zwar eine rechtsgeschäftliche Lücke vor, der hypothetische Wille wird jedoch durch einen realen Willen ersetzt. Hat der Erklärende aber nicht an das spätere Ereignis gedacht, gibt es, streng genommen, auch keinen Willen, nach dem das Ereignis zu beurteilen wäre. Praktisch grenzenlos ist es jedoch möglich, aus dem Willen, der dem Rechtsgeschäft immanent ist, einen hypothetischen Willen für den nicht bedachten Fall zu konstruieren. Denn entgegen der Ansicht des BGH läßt sich jede Veränderung der allgemeinen Verhältnisse und der Rechtsanschauung auf den Zeitpunkt zurückprojizieren, in dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wurde. Will man das nicht zugeben, muß man die ergänzende Auslegung im Fall einer nachträglich entstandenen rechtsgeschäftlichen Lücke ganz ablehnen, da es bei einer Hypothese unmöglich ist, eine eindeutige Grenze zwischen Ereignissen zu ziehen, die eine Beurteilung nach dem Parteiwillen zulassen oder nicht.

Die h.M. setzt sich dadurch, daß sie bei der ergänzenden Auslegung auf einen hypothetischen Parteiwillen abstellt, mit dem von ihr selbst postulierten Prinzip in Widerspruch, Gegenstand der Auslegung könne nur der erklärte Wille sein. Wenn ein nur innerlich gebliebener Wille keine Rechtswirkungen haben soll, ist dies erst recht nicht bei einem hypothetischen, also nicht einmal innerlich existenten Willen möglich.

Mit der Gegenmeinung ¹⁾ ist die Grundlage der ergänzenden Auslegung in der dem Rechtsgeschäft immanenten Teleologie zu finden. Die rechtsgeschäftlich getroffenen Wertungen der Parteien sind auf die nicht geregelte Frage zu übertragen, um sie in einer vernünftigen Interessenabwägung zu lösen. Ein gerechtes Ergebnis läßt sich nur dann erzielen, wenn bei der Abwägung der Interessen alle Umstände des Falles so berücksichtigt werden, wie sie zur Zeit der Entscheidung bestehen. Denn was gerecht ist, bestimmt sich allein nach den gegenwärtigen Anschauungen der Rechtsgemeinschaft. Ferner ist zu bedenken, daß eine ergänzende Auslegung allein deshalb notwendig wird, weil ein gegenwärtiger Widerspruch der beteiligten Interessen eine Regelung verlangt.

Bei der Interessenabwägung ist der Wille der Parteien im Zeitpunkt der Entscheidung zugrunde zu legen. Diese methodisch auch von der Mindermeinung ²⁾ nicht begründete Auslegung ex nunc ist durch das zweite Moment der Auslegung gerechtfertigt, das in einer Wertung sämtlicher Tatumstände besteht.³⁾ Bei der ergänzenden Auslegung steht im Gegensatz zur erläuternden Auslegung die Wertung im Vordergrund. Sie fragt nicht danach, welchen Inhalt ein Rechtsgeschäft zur Zeit seines Abschlusses hatte, sondern mit welchem Inhalt es sich unter den gegenwärtigen Umständen noch sinnvoll durchführen läßt. Die Wertung

1) Vgl. oben S.61 f.

2) Vgl. oben S.62 f.

3) Vgl. oben S.19 ff.

des Rechtsgeschäfts an Hand der gegenwärtigen Umstände gebietet geradezu, in diese Wertung auch den aktuellen Willen der Parteien aufzunehmen. Der Parteiwille ist jedoch nicht von der entscheidenden Bedeutung wie bei der erläuternden Auslegung. Er bildet nicht mehr ein konstitutives Element der Willenserklärung, sondern spiegelt lediglich, soweit er feststellbar ist, als ein Moment tatsächlicher Natur die Interessen der Parteien wider. Damit erhält der spätere Wille als Ausdruck der gegenwärtigen Interessen auch bei der ergänzenden Auslegung seine Bedeutung. Er kann jedoch nur insoweit maßgebend sein, als die Gegenpartei sich redlicher- und vernünftigerweise zu einer dementsprechenden rechtsgeschäftlichen Regelung auch im gegenwärtigen Zeitpunkt bereitgefunden hätte. Ein unvernünftiger und ungerechter Wille ist unerheblich, da die ergänzende Auslegung ein objektiv vernünftiges und gerechtes Ergebnis zum Ziele hat. Auch wenn die Interessen der Parteien überwiegend einseitig zu ihren eigenen Gunsten ausgerichtet sind, bedeutet das nicht, daß der zugrunde liegende Wille ungerecht wäre, sofern er ein vernünftiges und billiges Ergebnis anstrebt. Das Gleichgewicht zwischen den gegenwärtigen Interessen der Parteien wird dadurch hergestellt, daß hierauf die Interessenwertung angewandt wird, die in der ursprünglichen rechtsgeschäftlichen Regelung enthalten ist und jedenfalls eine Vermutung der Richtigkeit ¹⁾ für sich hat.

Die Richtigkeitsgewähr besteht allerdings dann nicht, wenn die ergänzende Auslegung sich in Widerspruch zu dem konstitutiven Parteiwillen setzt und damit das Gesamtgefüge des Rechtsgeschäfts verändert. In diesem Sinne ist es zu verste-

1) Schmidt-Rimpler (AcP 147, 130 ff.) hat die Lehre formuliert, daß der Vertrag eine materiale Richtigkeitsgewähr beinhalte, da die Vertragsschließenden ihre Interessen wahren würden. Problematisch wird dies jedoch z.B. beim Kontrahierungszwang oder einer Monopolstellung. Vgl. neuerdings Mestmäcker, JZ 1964, 441; Pawlowski, S. 167 m.N. Anm. 39; einschränkend Flume, AT II § 1, 6a.

hen, die ergänzende Auslegung dürfe den Vertragsgegenstand nicht erweitern oder verändern. Wenn das Rechtsgeschäft von einer bestimmten angenommenen Wirklichkeit ausgeht und die Wirklichkeit anders ist oder wird, als erwartet, bleibt meistens keine andere Möglichkeit, als das Rechtsgeschäft abzuändern.¹⁾ Jede ergänzende Auslegung birgt eine Veränderung des ursprünglichen Rechtsgeschäfts in sich. Entscheidende Kriterien sind deshalb nicht Veränderung oder Erweiterung des Vertragsgegenstandes, sondern erst der Widerspruch zu der ursprünglichen Regelung bildet die Grenze.

Das entscheidende Kriterium der Zulässigkeit einer ergänzenden Auslegung ist in der Regelungsbedürftigkeit zu sehen. Aus der Regelungsbedürftigkeit folgt, daß der privatautonome Wille der Parteien die nicht vorhergesehene Situation auf der Grundlage der dem Rechtsgeschäft immanenten Teleologie in die rechtsgeschäftliche Regelung einbezogen haben will. Ein Rechtsgeschäft weist eine regelungsbedürftige Lücke auf, wenn es sich mit dem Inhalt, wie es die Parteien abgeschlossen haben, bei der veränderten Situation nicht mehr sinnvoll durchführen läßt, um den von den Parteien verfolgten wirtschaftlichen Zweck zu erreichen. Die Grenzen der Zulässigkeit einer ergänzenden Auslegung werden bis heute in Rechtsprechung und Literatur ²⁾ weitgehend von dem Mißtrauen gegenüber dem gestaltenden Eingriff des Richters geprägt, das dem 19. Jahrhundert eigen war. Bei der Verankerung der rechtsprechenden Gewalt im Grundgesetz und ihrer Bindung an die verfassungsmäßige Ordnung ³⁾, damit auch an die in Art.2 Abs.1 GG ⁴⁾ gewährleistete Privatautonomie, sollte dieses Mißtrauen eigentlich als überwunden gelten.

1) Flume, AT II § 16, 4d.

2) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 177 Anm.23, § 205 II 2; BGHZ 9,273 ff.

3) Art.20 Abs.3 GG.

4) Vgl. oben S.9 Anm.2).

Im praktischen Ergebnis besteht kaum ein Unterschied zwischen der h.M., die bei der ergänzenden Auslegung auf den hypothetischen Willen in seiner objektivierten Form abstellt, und der hier vertretenen Auffassung, die von einer Interessenabwägung im Zeitpunkt der Entscheidung ausgeht. Auch die h.M. legt der ergänzenden Auslegung in Wirklichkeit diesen Zeitpunkt zugrunde, da sie von den gegenwärtigen Umständen zurückschließt auf einen hypothetischen Willen, den die Parteien bei Abschluß des Rechtsgeschäfts vernünftigerweise gehabt hätten. Was vernünftig ist, richtet sich nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte, nach Billigkeit und Gerechtigkeit. Diese Kriterien führen zu nichts anderem als zu einer interessengemäßen Regelung. Der Umweg über den hypothetischen Willen ist also überflüssig.

Der methodische Unterschied zwischen beiden Auffassungen führt dann allerdings zu einem anderen Ergebnis, wenn sich die gegenwärtigen Umstände infolge einer Veränderung der allgemeinen Verhältnisse und der Rechtsanschauung einer Beurteilung nach dem früheren Parteiwillen entziehen. Hier versagt die h.M., weil ihr Rückschluß ergebnislos verlaufen muß.¹⁾ Die Abwägung der Interessen allein vom gegenwärtigen Zeitpunkt aus macht dagegen eine ergänzende Auslegung möglich, wenn sie sich aus der dem Rechtsgeschäft immanenten Teleologie, die unabhängig von der Vorhersehbarkeit aller Umstände besteht, rechtfertigen läßt.

Die vom Zeitpunkt der Entscheidung aus vorzunehmende Wertung gestattet, auch einen nur innerlich gebliebenen Willen der Parteien zu berücksichtigen. Haben die Parteien übereinstimmend eine Willensänderung wegen der geänderten Umstände geäußert, wird man in der Regel mit einer Vertragsänderung zum Ziele kommen. Ein nur innerer Wille kann den Vertrag nicht rechtsgeschäftlich ändern. Hier hilft nur eine ergänzende Auslegung. Der nicht geäußerte Wille kann aber als tatsächlicher Umstand der Wertung zugrunde gelegt werden, da er nicht als

1) Vgl. oben S.61 Anm.3).

konstitutives Moment des Rechtsgeschäfts in Betracht kommt und deshalb nicht die Voraussetzungen einer Willenserklärung erfüllen muß.

Prozessual besteht die Besonderheit, daß die Feststellung des Willens der Parteien auch bei der ergänzenden Auslegung Tatfrage ist. Die ergänzende Auslegung durch das Gericht kann deshalb den Willen der Parteien nur so berücksichtigen, wie er im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz besteht.

Von dieser Besonderheit abgesehen, ist für die ergänzende Auslegung des Rechtsgeschäfts unter Lebenden der Zeitpunkt maßgebend, in dem der Interpret seine Wertung vollzieht.

IV. Der maßgebende Zeitpunkt bei der erläuternden und ergänzenden Auslegung des Rechtsgeschäfts von Todes wegen

Bei der Auslegung des Rechtsgeschäfts von Todes wegen ist zwischen dem Testament, dem gemeinschaftlichen Testament und dem Erbvertrag zu unterscheiden. Grundsätzlich ist die Auslegung der Verfügung von Todes wegen von dem Gedanken beherrscht, den Willen des Erblassers zu verwirklichen. Der schrankenlosen Verwirklichung dieses Willens stehen jedoch der Formzwang des Erbrechts und ein möglicher Vertrauensschutz der Personen entgegen, die von der Verfügung betroffen oder sogar an ihr beteiligt sind. Der Vertrauensschutz ist bei den einzelnen Arten der Verfügung von Todes wegen unterschiedlich gestaltet, da die Interessenlage von der Beteiligung Dritter an der Verfügung des Erblassers abhängt. Daher führt auch die Auslegung zu abweichenden Ergebnissen.

1. Der Erbvertrag besteht aus mindestens zwei empfangsbedürftigen Willenserklärungen und kann nur bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien in Form der öffentlichen Beurkundung geschlossen werden (§ 2276 Abs.1 S.1 BGB). Als Beteiligte kommen

der Erblasser und der vorgesehene Erbe oder ein Dritter in Betracht (einseitiger Erbvertrag) oder mehrere Erblasser, die sich gegenseitig oder einen Dritten bedenken (zweiseitiger Erbvertrag).

Die Interessenlage bei der Auslegung kann sich nach der Stellung der Beteiligten im Erbvertrag ¹⁾ oder nach ihrem Eigeninteresse an der Erklärung ²⁾ richten. Diese Frage ist von besonderer Bedeutung für die Anwendbarkeit des § 157 BGB und damit für die Entscheidung, inwieweit der wirkliche Wille des Erblassers maßgebend ist gegenüber der Bedeutung, die der Vertragspartner verstanden hat und auch verstehen durfte. Bei der Ermittlung des maßgebenden Zeitpunktes für den Willen des Erklärenden kann die Streitfrage unentschieden bleiben. Selbst wenn das Interesse des Erblassers derart überwiegt, daß sein wirklicher Wille die objektive Erklärungsbedeutung zurückdrängt, ist eine Willensänderung nach dem Abschluß des Erbvertrages ausgeschlossen. Denn mit dem Abschluß tritt die Bindungswirkung des Erbvertrags ein. Sie besagt nicht nur, daß der Erbvertrag nicht einseitig aufgehoben oder durch eine spätere Verfügung von Todes wegen ersetzt werden kann, sondern auch, daß derjenige Vertragsinhalt der Bindung unterliegt, der bei ihrem Eintritt gegeben ist. Die Beurkundung eines bindenden Vertragsantrags nach § 128 BGB ist nicht möglich, da die gleichzeitige Anwesenheit beider Teile erforderlich ist.³⁾ Aus demselben Grund ist § 130 Abs.1 S.2 BGB nicht anwendbar.

- 1) Die h.M. wendet wegen des Vertragscharakters § 157 BGB schlechthin an. Vgl. Kipp-Coing, § 21 V; Staudinger-Dittmann, § 2279 Anm.9; Strohal, § 45 II 1; Planck-Greiff, § 2279 Anm.2a; ähnlich Bartholomeyczik, Erbrecht § 25 VII 1; a.A.: Dietz, § 13 IV 1; vgl. auch RGRK-Kregel, § 2279 Anm.1, Siebert-Ehard-Eder, 9.Aufl., § 2279 Anm.1, Erman-Hense, § 2279 Anm.1, die beim Erbvertrag die Auslegungsregeln für Testamente anwenden.
- 2) Brox, Einschränkung, S.160 ff., Erbrecht, RN 140 ff.; Lange, Erbrecht, § 33 III 6c.
- 3) Vgl. Staudinger-Dittmann, § 2276 Anm.2.

Der Erklärende kann in der Verhandlung vor dem Notar auch nach dem Zugang die Erklärung widerrufen, solange der Vertrag noch nicht abgeschlossen ist.

Maßgebend für den Willen des Erklärenden ist somit bei der Auslegung des Erbvertrags der Zeitpunkt, in dem die Bindungswirkung eintritt. Dies ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

Die ergänzende Auslegung des Erbvertrags, die vom Zeitpunkt der Wertung aus vorzunehmen ist, bietet gegenüber der ergänzenden Auslegung des Rechtsgeschäfts unter Lebenden keine Besonderheiten. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.¹⁾

2. Das gemeinschaftliche Testament enthält gemeinsam getroffene letztwillige Verfügungen von Ehegatten. Sein Wesen besteht in der gemeinschaftlichen Erklärung.²⁾ Damit ist nicht die äußere Einheit in einer Urkunde gemeint, sondern das bewußte und gewollte Zusammenwirken, um den letzten Willen festzulegen. Es genügt, wenn dieser Wille aus der Testamentsurkunde jedes Erblassers äußerlich deutlich erkennbar hervorgeht.³⁾ Die Verfügungen können selbständig nebeneinander, in einem äußeren oder inneren Verhältnis zueinander stehen. Ein inneres, abhängiges Verhältnis liegt nach § 2270 BGB dann vor, wenn anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde.⁴⁾ In diesen wechselbezüglichen Verfügungen liegt die besondere Eigenart des gemeinschaftlichen Testaments, während die übrigen Anordnungen gegenüber dem einfachen Testament keine Besonderheiten bieten. Gemäß § 2271 Abs. 2 BGB erlischt das Recht zum Widerruf

1) Vgl. oben S. 70 ff., 73.

2) Vgl. § 2267 S. 1 BGB.

3) Bartholomeyczik, Erbrecht, § 26 III 3c; Erman-Hense, vor § 2265 Anm. 1 m.N.

4) Vgl. zur Frage, ob spätere Umstände die Wechselbezüglichkeit beeinflussen könne, Keuk, S. 64 m.N.

einer wechselbezüglichen Verfügung mit dem Tode des anderen Ehegatten. Bis zu diesem Zeitpunkt ist jedoch ein Widerruf entsprechend § 2296 Abs.2 BGB durch gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung möglich. Zu Lebzeiten beider Ehegatten kann also keiner darauf vertrauen, daß die Verfügung des anderen erhalten bleibt. Doch zeigt schon das strengere Form-erfordernis der Widerrufserklärung, das auch beim privaten gemeinschaftlichen Testament gilt, daß die Stellung des Ehegatten im Unterschied zu einem einfachen Testament rechtlich geschützt ist. Dies entspricht auch dem Wesen des gemeinschaftlichen Testaments. Es besteht zwar juristisch-technisch aus parallelen, nicht aus gegenseitigen Erklärungen ¹⁾, so daß die Stellung jedes Ehegatten beim Zustandekommen des gemeinschaftlichen Testaments für sich allein noch keine Schutzbedürftigkeit auslöst. Diese folgt vielmehr aus der inneren Abhängigkeit der wechselbezüglichen Erklärungen und entzieht diese bereits der unbeschränkten Willensherrschaft des Erklärenden, sobald durch beiderseitig wirksame Erklärung das Abhängigkeitsverhältnis hergestellt ist. Solange nur die Erklärung eines Ehegatten abgegeben ist, was bei Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments in getrennten Urkunden vorkommen kann, tritt die besondere Rechtswirkung der wechselbezüglichen Verfügung noch nicht ein. Dies ergibt sich mittelbar auch aus § 2270 Abs.1 BGB, der bei Nichtigkeit oder Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen bestimmt. Erst mit der Wechselbezüglichkeit durch Abgabe beider Erklärungen setzt das schutzwürdige Eigeninteresse jedes Ehegatten an der Erklärung des anderen ein und bestimmt die Interessenlage bei der Auslegung. Eine einseitige Willensänderung, die der früheren Verfügung einen neuen Inhalt geben könnte, ist wegen dieser gegenseitigen Abhängigkeit trotz des Widerrufsrechts nicht möglich.

1) Lange, Erbrecht, § 33. III 6b.

Maßgebend für den Willen des Erklärenden bei wechselbezüglichen Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments ist damit der Zeitpunkt, in dem die Wechselbezüglichkeit durch Abgabe der Erklärungen beider Ehegatten eingetreten ist.

Die ergänzende Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments ist, soweit es um wechselbezügliche Verfügungen geht, an den Interessen beider Ehegatten auszurichten. Maßgebend ist wie beim Rechtsgeschäft unter Lebenden der Zeitpunkt der Wertung.¹⁾

3. Der Inhalt des einfachen Testaments wird allein vom Willen des Erblassers bestimmt. Ein Vertrauensschutz dritter Personen tritt völlig zurück.²⁾ Auch der im Testament Bedachte erwirbt vor dem Erbfall kein Recht, auf dessen Bestand er vertrauen dürfte, da der Erblasser auch nach Errichtung eines Testaments in seinen Entscheidungen frei bleibt. Er kann nach Belieben anderweitig durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen über sein Vermögen verfügen. Der Bedachte ist nicht Erklärungsempfänger und erwirbt mit dem Erbfall selbst dann unentgeltlich, wenn er mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert ist, da er hiermit keine Gegenleistung erbringt.³⁾ Das Gesetz trifft in § 2078 Abs.2 BGB die Wertung, daß der Bedachte nicht schutzwürdig ist, indem jeder Motivirrtum des Erblassers die Anfechtung begründet. Beim Inhalts- und Erklärungsirrtum stellt das Gesetz in § 2078 Abs.1 BGB im Gegensatz zu § 119 Abs.1 BGB nur auf die Kenntnis der

1) Vgl. oben S.70 ff., 73. Soweit es sich um nicht wechselbezügliche Verfügungen handelt, gelten die folgenden Ausführungen zum einfachen Testament.

2) Brox, Einschränkung, S.136 f., Erbrecht, RN 128; Lange, Erbrecht, § 33 III 2, einschränkend § 33 III 6; Erman-Hense, § 2084 Anm.2; Soergel-Hefermehl, § 133 Anm.10; Siebert-Ehard-Eder (9.Aufl.), § 2084 Anm.1; RGRK-Johannsen, § 2084 Anm.2.

3) Brox, Einschränkung, a.a.O.

Sachlage durch den Erblasser, nicht aber zusätzlich noch auf die verständige Würdigung des Falles ab.¹⁾ Ein objektiver Maßstab ist daher nicht entscheidend. Schließlich geben die §§ 2064 bis 2066 BGB dem Willen des Erblassers den Vorrang gegenüber sonstigen Umständen, die seiner Realisierung entgegenstehen könnten.

Gemäß § 2253 Abs.1 BGB kann der Erblasser ein Testament sowie eine einzelne in einem Testament enthaltene Verfügung jederzeit widerrufen. Er besitzt bis zu seinem Tod die uneingeschränkte Macht, seine Verfügung gelten zu lassen oder zu beseitigen. Das Testament enthält den "letzten Willen" des Erblassers. Da Dritte an der Verfügung nicht beteiligt sind, ist es ihm gestattet, bis zu seinem Tode eine Verfügung zu widerrufen, um tatsächlich seinen letzten Willen zur Geltung zu bringen.²⁾ Dies kann ohne Rücksicht auf die Interessen Dritter geschehen, da das Testament bis zum Tode des Erblassers keine Rechtswirkungen äußert, die über seine rechtliche Existenz hinausgehen. Der Erblasser kann das Testament und die einzelne Verfügung im Grunde bestehen lassen, aber durch eine Willensänderung einschränken oder erweitern. Da der Wille des Erblassers auch gegenüber einem objektiv abweichenden Wortlaut maßgebend ist, fragt es sich, ob und unter welchen Voraussetzungen der Erblasser einer früheren Erklärung durch eine Willensänderung einen anderen Inhalt geben kann.

a) Die h.M. ³⁾ hält eine Willensänderung des Erblassers nach Testamenterrichtung für wirkungslos, wenn sie nicht zu einer förmlichen Änderung der Verfügung führe. Ändert der Erblasser die Verfügung jedoch nicht, und ist sie auf Grund der veränderten Umstände nicht in dem ursprünglichen Sinne durchzuführen, ergänzt die h.M. die Verfügung im Wege der ergänzen-

1) Brox, Einschränkung, S.137, Erbrecht RN 128.

2) Erman-Hense, § 2253 Anm.1.

3) Vgl. oben S.60 Anm.4).

den Auslegung, indem sie auf den hypothetischen Erblasserwillen zur Zeit der Testamentserrichtung abstellt. Wenn sie dabei spätere Äußerungen des Erblassers nur als Rückschluß auf den Willen zur Zeit der Errichtung verwerten will, berücksichtigt sie in Wahrheit doch den nachträglichen Willen.¹⁾ Die Formel vom hypothetischen Willen ist nichts anderes als ein Hilfsmittel, um das Formproblem bei der ergänzenden Testamentsauslegung zu lösen und das dogmatische Prinzip aufrechtzuerhalten, maßgebend für die Auslegung sei nur der Wille im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung. Denn regelmäßig sind der spätere, reale Wille und der daraus fingierte hypothetische Wille identisch. Brox²⁾ meint, es ergebe sich ein sachlicher Unterschied im Ergebnis, wenn ein neuer objektiver Umstand Anlaß für einen "weit darüber hinausgehenden Anschauungswandel" des Erblassers sei, so daß der nunmehr bestehende aktuelle Wille des Erblassers keineswegs mehr identisch sei mit dem durch die Berücksichtigung des objektiven Umstandes ermittelten hypothetischen Erblasserwillen zur Zeit der Testamentserrichtung. Dem ist entgegenzuhalten, daß jeder neue objektive Umstand, der die im Testament vorausgesetzte Wirklichkeit verändert, zu Lebzeiten des Erblassers auch dessen Anschauung verändert, sofern dieser den Umstand überhaupt zur Kenntnis nimmt. Erkennt er auch dessen Tragweite für das Testament, wird er es entweder entsprechend ändern oder davon ausgehen, es gelte im Sinne seines geänderten Willens fort. Er kann auch aus Nachlässigkeit eine ausdrückliche Änderung unterlassen. Ob der neue objektive Umstand einen geringfügigen oder einen weit darüber hinausgehenden Anschauungswandel des Erblassers erzeugt, macht bei der Ermittlung des hypothetischen Willens keinen Unterschied, da dieser ohnehin eine bloße Fiktion ist. Brox³⁾ will den hypothetischen Willen

1) Keuk, S. 73 f.; Foer, AcP 153, 492, 509 ff.

2) Einschränkung, S. 158.

3) Einschränkung, a. a. O.

im Zeitpunkt der Verfügung nicht durch Reprojizierung des späteren aktuellen Willens feststellen; vielmehr werde nur der später eingetretene objektive Umstand reprojiziert. Das berechtigt jedoch keineswegs zu der Annahme, der Erblasser würde bei Kenntnis des späteren Umstandes im Zeitpunkt der Testamentserrichtung seine Anschauungen nicht so weitgehend geändert haben, als dies später tatsächlich erfolgt ist. Das ist durch nichts zu erweisen und läuft auf eine Fiktion hinaus wie der hypothetische Wille selbst. Deshalb ist auch nicht nachzuweisen, daß es Fälle gibt, in denen der spätere aktuelle und ein hypothetischer Wille sich unterscheiden; denn ein solcher "Nachweis" wäre ebenfalls eine Fiktion.

b) Ein Teil der Mindermeinung ¹⁾ legt das Testament ergänzend ex nunc aus, damit die Verfügung in dem Zeitpunkt, in dem sie durchgeführt werden soll, im Sinne des Erblassers liege. Sie stellt dabei auf den Willen des Erblassers ab, der dem Erbfall am nächsten liegt. Die sicherste Gewähr für eine Ergänzung im Sinne des Erblassers sei dann gegeben, wenn der Erblasser sich noch zu der veränderten Situation geäußert habe. Andernfalls sei der spätere Wille aus sonstigen Anhaltspunkten oder aus der Verfügung selbst zu entwickeln. Erst wenn ein späterer Wille aus keinerlei Umständen zu folgern sei und es bei einem non liquet bleibe, gehe das zu Lasten desjenigen, der sich auf eine entsprechende Auslegung berufe.²⁾ Der spätere Wille dürfe allerdings den Inhalt der bestehenden Regelung nicht verändern oder erweitern, da die ergänzende Auslegung grundsätzlich nicht an die Stelle eines vom Erblasser unterlassenen Widerrufs der letztwilligen Verfügung treten und auch nicht eine neue Regelung setzen könne, die der Erblasser nicht getroffen habe.³⁾

1) Flume und Keuk, vgl. oben S.62 f.

2) Keuk, S.69 ff.

3) Flume, AT II, § 16,5 a.E.

Während die h.M. das Formproblem bei der ergänzenden Auslegung einer letztwilligen Verfügung über den hypothetischen Willen und seinen "Anhalt" in der formgerechten Erklärung löst, sieht Keuk¹⁾ das Formerfordernis als gewahrt an, wenn das Ergebnis der ergänzenden Auslegung in der Verfügung selbst die richtungsweisende Grundlage finde. Die Ergänzung müsse aus der Verfügung herzuleiten sein, schon in ihr "stecken".²⁾ Mit der Beachtung des nachträglichen Willens werde dann nicht eine neue formlose Verfügung anerkannt. Es werde lediglich die ursprüngliche Verfügung den neuen Gegebenheiten angepaßt.

c) Auch dieser Mindermeinung ist nicht uneingeschränkt zuzustimmen. Es ist richtig, auf den aktuellen, vom Erblasser in der Zeit nach Errichtung des Testaments gefaßten Willen abzustellen, soweit ein solcher Wille sich ermitteln läßt. Nur so läßt die letztwillige Verfügung sich wirklich im Sinne des Erblassers durchführen, auch wenn zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht zu erwarten war, daß der Erblasser wegen des späteren Ereignisses einen derartigen Willen bilden würde.³⁾ Es ist jedoch fraglich, ob der spätere Wille des Erblassers nur auf dem Wege einer ergänzenden Auslegung zu berücksichtigen ist oder ob bereits eine erläuternde Auslegung dies ermöglicht.

Die Grenze zwischen der erläuternden und der ergänzenden Auslegung eines Rechtsgeschäfts ist grundsätzlich dort zu ziehen, wo die Willensherrschaft des Erklärenden über seine Erklärung endet. Dies ist der Zeitpunkt, in dem er das Widerrufsrecht verliert; denn bis zu diesem Zeitpunkt kann der Erklärende durch eine Widerrufserklärung den Inhalt der früheren Erklärung ändern. Der Erblasser kann gemäß § 2253 Abs. 1 BGB ein Testament sowie eine einzelne in einem Testament enthaltene Verfügung jederzeit widerrufen. Er kann also auch den

1) a.a.O., S. 88.

2) Vgl. ähnlich Lange, IheringsJ 82, 25, Erbrecht, § 33 III 3c.

3) Keuk, S. 72 f.

Inhalt eines früheren Testaments ändern. Gemäß § 2254 BGB muß der Widerruf durch ein Testament erfolgen. Dieser Fall ist unproblematisch.

Fragwürdig ist dagegen, in welcher Weise der formlos geäußerte spätere Wille des Erblassers zu berücksichtigen ist. Es besteht ein unabweisbares Bedürfnis, auch diesen späteren Willen bei der Auslegung des Testaments heranzuziehen, um die Verfügungen im Sinne des Erblassers zu verwirklichen. Die h.M.¹⁾ verwertet den späteren Willen nur insoweit, als er einen Rückschluß auf den Willen bei Testamentserrichtung zuläßt oder einen Anhaltspunkt für einen hypothetischen Willen in diesem Zeitpunkt bildet. Keuk²⁾ schließt aus einer Reihe erbrechtlicher Vorschriften³⁾, daß das Gesetz auch eine formlose Willensänderung des Erblassers berücksichtige, und kommt von diesem Ausgangspunkt her zu der Folgerung⁴⁾, die ergänzende Auslegung vom Zeitpunkt des Erbfalls aus vorzunehmen und in erster Linie an dem letzten erkennbaren Willen des Erblassers zu orientieren.

Das Gesetz enthält keine Vorschrift, die es ausdrücklich zuläßt oder ablehnt, den späteren Willen des Erblassers für die Auslegung des Testaments zu berücksichtigen. Der h.M. ist methodisch entgegenzuhalten, daß es nicht dem Wesen der Auslegung entspricht, allein auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung abzustellen. Das kognitive Moment der Auslegung geht zwar von diesem Zeitpunkt aus, aber das wertende, und zwar das in der und für die Gegenwart wertende Moment der Auslegung ermöglicht und erfordert, alle späteren Umstände einzubeziehen.

Wenn man aus bestimmten Vorschriften die allgemeine Wertung des Gesetzes ableitet, daß der spätere Wille des Erblassers

1) Vgl. oben S.60 Anm.5).

2) a.a.O., S.32 ff.

3) §§ 2069, 2077, 2169 Abs.1 und 3, 2172 Abs.1, 2173 BGB.

4) a.a.O., S.65 ff.

zu berücksichtigen sei, bleibt unbeachtet, daß es sich um Sondervorschriften für typische, immer wiederkehrende Fälle handelt, in denen regelmäßig eine spätere Willensäußerung des Erblassers fehlt.¹⁾ Eine solche Methode, die eine rechtspolitisch wünschenswerte Regelung aus alten Paragraphentexten herleitet, gerät leicht in die Nähe des Rechtspositivismus.

Dieser Mangel wird vermieden, wenn man aus der allgemein gültigen Aufteilung der Auslegung in ein kognitives und ein wertendes Moment den methodischen Ansatzpunkt entnimmt, auch den späteren Willen des Erblassers zu berücksichtigen. Solange die Interessen des Erblassers an einer erbrechtlichen Regelung in seinem Sinne vorrangig sind gegenüber den Interessen etwaiger Erbprätendenten, kann die Wertung diesen Vorrang bei der Interessenabwägung berücksichtigen. Gerade der später geäußerte Wille des Erblassers ist ein Ausdruck seines Interesses, testamentarische Verfügungen auf Grund der veränderten Umstände in einer bestimmten Art und Weise durchzuführen. Demgegenüber besteht kein vorrangiges Interesse Dritter, das Testament nur mit dem Inhalt zu realisieren, den es im Zeitpunkt seiner Errichtung hatte. Nur die Berücksichtigung des nachträglichen Willens wird beiden Momenten der Auslegung gerecht, den wirklichen Willen des Erblassers zu erforschen und in einer rechtlichen Regelung zur Geltung zu bringen, die den Interessenkonflikt im Sinne des Erblassers löst.

Rechtstechnisch ist der spätere, geänderte Wille des Erblassers als Widerrufserklärung zu berücksichtigen. Ebenso wie beim Rechtsgeschäft unter Lebenden kann auch der Erblasser durch einen Widerruf der früheren Verfügung einen anderen

1) In diesem Zusammenhang sind außer den auf S.86 Anm.3) genannten Bestimmungen die §§ 2066 S.1, 2067 S.1, 2070, 2071 und 2312 BGB zu nennen.

Inhalt geben, solange für ihn das Recht zum Widerruf besteht. Wie sich beim Rechtsgeschäft unter Lebenden ergeben hat ¹⁾, sind die Fälle zu unterscheiden, in denen die geänderte Rechtswirkung nur auf der neuen Willenserklärung beruht und in denen die frühere Willenserklärung mit einem geänderten Inhalt fortwirkt. Nur der letztere, problematische Fall ist hier weiter zu verfolgen.²⁾

Es läßt sich einwenden, daß das Gesetz gemäß § 2254 BGB zur Inhaltsänderung eines Testaments einen förmlichen Widerruf vorschreibe und damit jeden anderen Weg ausschließen wolle. Um diesen Einwand zu entkräften, ist es erforderlich, sich auf Sinn und Zweck der Widerrufsvorschriften des Testamentenrechts zu besinnen. § 2254 BGB, der den Widerruf durch Testament verlangt, ist im Zusammenhang mit dem Formzwang des Erbrechts zu sehen. Formvorschriften des modernen Rechts beruhen regelmäßig auf Zweckmäßigkeitserwägungen. Die Form soll die Authentizität, Klarheit, Vollständigkeit und Beweisbarkeit einer Willenserklärung sichern.³⁾ Von den verschiedenen Zwecken des testamentarischen Formzwangs steht im Vordergrund, den Beweis zu sichern und einen klaren und vollständigen Ausdruck des Willens zu schaffen.⁴⁾ Für einen lediglich negativen Widerruf genügt es deshalb nach § 2255 BGB, daß der Erblasser die Testamentsurkunde in der entsprechenden Absicht vernichtet oder Veränderungen vornimmt.⁵⁾ Ein testamentarischer Widerruf nach § 2254 BGB kann negativen und zugleich positiven Inhalt haben. Dies ist der Fall, wenn

1) Vgl. oben S.66 f.

2) Wirkt die frühere Erklärung nicht fort, ist auf jeden Fall eine formgerechte Neuerrichtung erforderlich.

3) Vgl. Kipp-Coing, § 19 IV 1.

4) Vgl. Brox, Erbrecht RN 202.

5) § 2256 BGB, der den Widerruf eines öffentlichen Testaments durch Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung betrifft, kann in diesem Zusammenhang außer Betracht bleiben. Wegen des gesetzlich fingierten Widerrufs kommt es nicht auf eine Widerrufsabsicht an. Vgl. Staudinger-Firsching, § 2256 Anm.2; Kipp-Coing, § 21 Anm.15 m.N.

der Erblasser infolge einer Willensänderung dem Testament einen anderen Inhalt beimißt, als es bei seiner Errichtung hatte. Zum Beispiel versteht er unter der Erbeinsetzung seiner "Ehefrau" nunmehr die der zweiten Ehefrau und gibt dies der zweiten Ehefrau auch zu erkennen. Verlangt § 2254 BGB hierfür die Errichtung einer neuen Testamentsurkunde? Der Zweck der Beweissicherung ist erfüllt. Ebenso ist der Wille des Erblassers klar und vollständig ausgedrückt. Fordert man gleichwohl eine neue Testamentsurkunde, würde dies bedeuten, daß der Erblasser wortwörtlich bis auf das Datum sein Testament abschreiben müßte. Die Formvorschriften würden damit zum Selbstzweck gemacht.

Auch wenn der Formzwang eine Grundentscheidung des Gesetzgebers darstellt, von der ein Richter nicht aus Billigkeitsgründen abweichen darf, so können Formvorschriften eine Geltung doch nur so weit beanspruchen, wie ihr Zweck reicht.¹⁾ Es macht keinen Unterschied, ob der Erblasser zunächst nur den rechtlich irrelevanten Entwurf eines Testaments abfaßt und später beschließt, eben diesen Entwurf als endgültiges Testament beizubehalten - mit diesem Entschluß ist das Testament ohne neuen, besonderen Schriftakt errichtet - oder ob er eine vorhandene, wirksam errichtete Testamentsurkunde verwendet und ihr kraft seines privatautonomen Willens einen anderen Inhalt zulegt. Auch damit ist ein Testament errichtet und der Inhalt des ersten widerrufen. Nicht der Interpret, wohl aber der Autor selbst kann einer sinnhaltigen Form einen anderen Inhalt geben, ohne mit dem Kanon der hermeneutischen Autonomie in Widerspruch zu geraten.

Es zeigt sich, daß es weniger ein Auslegungsproblem als vielmehr ein Formproblem darstellt, den nachträglichen Willen des Erblassers zu berücksichtigen. Sinn und Zweck des § 2254 BGB lassen es zu, die Vorschrift im Wege einer teleologischen

1) Vgl. BGH NJW 1968, 393.

Reduktion restriktiv ¹⁾ auszulegen und einen Widerruf durch ein Testament in neuer Form nur dann zu verlangen, wenn der neue Sinngehalt nicht bereits durch die bisherige Urkunde gedeckt ist. Nur so wird man dem Verhältnis gerecht, in dem rechtsgeschäftlicher Wille und Formerfordernis zueinander stehen. Der primäre Geltungsgrund einer Willenserklärung ist der privatautonome Wille, zu dem das Formerfordernis nur aus besonderen Gründen hinzutritt und als einengende Voraussetzung der privatautonomen Gestaltungsfreiheit auch nur so weit reichen kann, wie diese Gründe es erfordern.

Der rechtliche Charakter der testamentarischen Willenserklärung läßt es zu, den nachträglichen Willen des Erblassers für eine Inhaltsänderung zu berücksichtigen. Die Rechtswirkungen des Testaments erschöpfen sich bis zum Erbfall in seiner rechtlichen Existenz. Es ist nicht darauf angelegt, unmittelbar aus seiner rechtlichen Existenz eine Außenwirkung zu entfalten, sei es auch nur eine rechtliche Bindung des Erblassers. Vor dem Erbfall besteht kein Bedürfnis, den Inhalt des Testaments festzustellen. Man kann das Testament deshalb auch als Willenserklärung mit aufgeschobenem Geltungsinteresse bezeichnen. Ein rechtliches Interesse am Inhalt des Testaments entsteht erst mit dem Erbfall. Dabei kommt es nur auf den Inhalt an, den das Testament im Zeitpunkt des Erbfalls hat, da nur dieser Inhalt rechtliche Außenwirkung gewinnt. Vorher hängt es allein vom Willen des Erblassers ab, welchen Sinn er seiner Verfügung gibt. Schutzwürdige Drittinteressen stehen

1) Vgl. zu dem Begriffspaar restriktive und extensive Auslegung einer Gesetzesvorschrift Larenz, Methodenlehre, S.259 f., und Engisch, Einführung, S.100 ff., der vier verschiedene Bedeutungen nachweist. In diesem Zusammenhang kommt dem Begriffspaar eine materielle Bedeutung zu, da die Unterscheidung auf das Verhältnis einer Rechtsnorm zur bürgerlichen Freiheit und zum allgemeinen Prinzip der Privatautonomie bezogen wird.

einer Willensänderung in der Regel nicht entgegen, bevor das Testament auch nach außen rechtliche Wirkungen entfaltet

Eine formlose Willensänderung des Erblassers, die dem Testament einen neuen Inhalt geben soll, ist wegen des Formproblems nicht unbegrenzt möglich. Die Grenze ist deshalb den Kriterien zu entnehmen, die für das Formproblem im Erbrecht maßgebend sind.

Die Form ist immer dann gewahrt, wenn der spätere Wille objektiv mit dem Wortlaut der früheren Verfügung vereinbar ist. Hierzu gehören die Fälle, in denen der Erblasser einem in der Testamentsurkunde verwendeten Wort einen anderen, objektiv möglichen Sinn beimißt. Der Erblasser hat z.B. einem Freund seine "Sammlung" vermacht. Zur Zeit der Testamentserrichtung sammelte er Münzen. Später gab er diese Sammlung auf und sammelte Kupferstiche. Er kann durch eine Willensänderung in Gestalt eines formlosen Widerrufs seinem Testament den neuen Inhalt geben, daß sein Freund nunmehr die Kupferstichsammlung erhalten soll. Sämtliche Funktionen des erbrechtlichen Formzwangs sind erfüllt. Weiter ist der bereits erwähnte Fall zu nennen, in dem der Erblasser seine "Ehefrau" zur Erbin eingesetzt hat und später der zweiten Ehefrau erklärt, das Testament gelte nunmehr zu ihren Gunsten.¹⁾ Die von der h.M. auf einen hypothetischen Willen gestützte ergänzende Auslegung versagt immer dann, wenn sich das spätere Ereignis infolge einer Veränderung der allgemeinen Verhältnisse einer Beurteilung nach dem Parteiwillen entzieht.

Eine formlose Inhaltsänderung des Testaments ist über diese Fälle einer objektiven Mehrdeutigkeit hinaus dann für zulässig zu erachten, wenn nach dem Sprachgebrauch des Erb-

1) Vgl. oben S.89. In der ablehnenden Entscheidung RGZ 134, 277 ff. war die erste Ehefrau in dem Testament namentlich genannt. Dies lassen Bartholomeyczik (Erbrecht, § 22 I 2d) und Kipp-Coing (Erbrecht, § 21 Anm.19) außer acht.

lassers die geänderte Bedeutung von dem Wortlaut der Testamentsurkunde gedeckt ist. Der Erblasser setzt seine "Mutter" zur Erbin ein und versteht darunter bei Testamentserrichtung seine Ehefrau. Nach dem Tod der Ehefrau erklärt er seiner Mutter, das Testament gelte nunmehr zu ihren Gunsten. Auch der umgekehrte Fall, in dem der Erblasser von der objektiven Wortbedeutung zu einer Bedeutung nach seinem subjektiven Sprachgebrauch übergeht, ist in dieser Weise zu lösen. Die Beweisfunktion der erbrechtlichen Form steht dem nicht entgegen. Auch die h.M.¹⁾, die den Sprachgebrauch des Erblassers - allerdings nur bei Testamentserrichtung - entgegen der objektiven Bedeutung für maßgebend hält, nimmt in diesem Fall die Beweisschwierigkeiten in Kauf.

Eine formlose Willensänderung kann dem vorhandenen Testament somit einen neuen Inhalt geben, wenn die geänderte Bedeutung der früheren formgerechten Erklärung entweder objektiv oder nach dem Sprachgebrauch des Erblassers subjektiv zurechenbar ist. Es reicht aus, daß der Erblasser nach seinem Sprachgebrauch subjektiv die Verbindung zwischen formeller Erklärung und innerem Willen hergestellt hat.

Gegen diese Auffassung können noch folgende Bedenken erhoben werden:

Wenn der Erblasser durch eine mündliche Erklärung dem Testament einen anderen Inhalt geben kann, fragt es sich, ob dann die Erbfolge noch auf einem Testament oder auf einer mündlichen Erklärung beruht. Darauf ist zu antworten, daß es sich auch in diesem Fall um eine Erbfolge kraft Testaments handelt. Denn formelle Grundlage der Verfügung des Erblassers ist und bleibt das Testament. Im entscheidenden Zeitpunkt des Erbfalls, der die Verfügung des Erblassers realisiert, kommt der Urkunde inhaltlich eine andere Bedeutung zu als bei ihrer Errichtung.

1) Vgl. Lange, Erbrecht, § 33 III 3b und Anm.3; Bartholomeyczik, Erbrecht, § 22 I 2c.

Man könnte weiter annehmen, daß diese Ergebnisse weitgehend vom Zufall abhängen würden, weil nur der zufällig passende Wortlaut einer Urkunde den Weg zu einer späteren Willensänderung eröffne. Vom Zufall ist jedoch auch die h.M. abhängig, wenn sie auf der Grundlage der Andeutungstheorie ¹⁾ insbesondere bei der ergänzenden Testamentsauslegung verlangt, der irrealen Wille des Erblassers müsse irgendwie in der Form des Testaments enthalten sein.²⁾

Letztlich bestehen gewisse Bedenken im Hinblick auf die Beweisfunktion des Testaments. So kann es zweifelhaft sein, ob der Erblasser seiner zweiten Ehefrau zu erkennen gegeben hat, daß sie nunmehr auf Grund des früheren Testaments Erbin sein solle. Ebenso können in den Fällen, bei denen nach dem Sprachgebrauch des Erblassers die geänderte Bedeutung von dem Wortlaut der Testamentsurkunde gedeckt ist, zu den vorhandenen zusätzlich neue Beweisschwierigkeiten treten.

Dem ist entgegenzuhalten, daß es nicht im Wesen der Beweisfunktion der Testamentsurkunde liegt, unter Ausschluß sämtlicher anderer Beweismöglichkeiten für eine Verfügung des Erblassers Beweis zu erbringen. So kann z.B. eine testamentarische Erbfolge auf Grund eines verschollenen Testaments eintreten, wenn sich seine Formgültigkeit und sein Inhalt etwa durch Zeugen beweisen lassen. Ebenso läßt sich vom Standpunkt der h.M. aus durch Zeugen beweisen, daß der Erblasser einer bestimmten Formulierung des Testaments eine andere Bedeutung beigemessen hat, als der objektive Wortlaut hergibt. Wenn sich nach der hier vertretenen Auffassung neue Beweisschwierigkeiten ergeben, so ist das für eine geordnete Rechtsprechung nicht gefährlich. Denn die Beweisschwierigkeiten gehen zu Lasten desjenigen, der sich auf den später formlos geänderten Willen des Erblassers beruft.

1) Vgl. oben S. 34 Anm. 1).

2) Vgl. Brox, Erbrecht, RN 136.

Der Formzwang läßt es dagegen nicht zu, einen Irrtum des Erblassers bei Errichtung des Testaments durch Auslegung zu beheben. Brox ¹⁾ hält mit Rücksicht auf den fehlenden Vertrauensschutz Dritter den inneren Willen auch dann für maßgebend, wenn er weder objektiv noch subjektiv mit dem Wortlaut der Urkunde verbunden ist. Als Vorbild verweist Brox ²⁾ auf ein decretum des Kaisers Hadrian. ³⁾ Eine Frau nahm an, ihr Sohn sei als Soldat gestorben. Sie setzte einen Dritten als Erben ein. Ohne diesen Irrtum hätte sie ihren Sohn zum Erben bestimmt. Entgegen dem eindeutigen Wortlaut entschied der Kaiser, der Sohn sei Erbe. Diese Entscheidung ist jedoch einer Verallgemeinerung nicht zugänglich. Das folgt aus Wortlaut, Inhalt und Begründung. ⁴⁾ Die römische Rechtslehre hat an dem Prinzip festgehalten, daß ein Motivirrtum bei der Erbeinsetzung grundsätzlich nicht berücksichtigt wird. Die Juristen geben die abweichenden kaiserlichen Erlasse anscheinend billigend wieder, ohne ein neues Prinzip daraus abzuleiten. ⁵⁾ Es ist deshalb anzunehmen, daß die abweichenden Entscheidungen allein auf der Macht der Kaiser beruhen, sich in freier Rechtsfindung auch über einen gesetzlichen Formzwang hinwegsetzen zu können. ⁶⁾

1) Erbrecht RN 130; Einschränkung, S. 147.

2) Einschränkung, a. a. O.

3) D. 5, 2, 28. In den gleichen Problembereich gehören die in D. 28, 5, 42 und 6, 93 h. t. genannten Kaiserentscheidungen.

4) Pernice, Labeo III 1, 5, 72 f.

5) Schulz, Gedächtnisschrift für E. Seckel, S. 106.

6) Vgl. Kaser I, S. 210.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß der formlos geäußerte spätere Wille des Erblassers einem Testament einen geänderten Inhalt geben kann, wenn der spätere Wille objektiv mit dem formgerecht erklärten Wortlaut vereinbar ist oder der Erblasser subjektiv die Verbindung zwischen formgerecht erklärter objektiver Bedeutung und dem seinem Sprachgebrauch entsprechenden wirklichen Willen hergestellt hat. Eine Erklärungsbedeutung, die auch dem Sprachgebrauch des Erblassers nicht entspricht, wird dagegen durch die vorhandene Form nicht mehr gedeckt.

Damit bleiben für die ergänzende Auslegung des Testaments die Fälle übrig, in denen eine formlose Willensänderung des Erblassers wegen des Formproblems für eine erläuternde Auslegung nicht zu berücksichtigen ist oder in denen der Erblasser sich zu den veränderten tatsächlichen Gegebenheiten nicht mehr geäußert hat oder äußern konnte.

Eine als reine Interessenabwägung verstandene ergänzende Auslegung des Testaments ¹⁾ eröffnet die Möglichkeit, alle Umstände zu berücksichtigen, die im Zeitpunkt der Wertung des Testaments durch den Interpreten bestehen.²⁾ Bei einem Interessenkonflikt besteht regelmäßig ein Übergewicht der Interessen des Erblassers, die testamentarischen Anordnungen in seinem Sinne auszuführen. Die ergänzende Auslegung des Testaments ist zunächst nur auf die Person des Erblassers bezogen.³⁾ Wie bei der ergänzenden Auslegung des Rechtsgeschäfts

- 1) Vgl. die Ausführungen zur ergänzenden Auslegung des Rechtsgeschäfts unter Lebenden oben auf S.62 und 73 ff.
- 2) Die von Brox (Einschränkung, S.157, Erbrecht RN 135) vertretene Auffassung, innere Vorgänge des Erblassers, etwa ein Gesinnungswandel, seien aus Formgründen nicht zu berücksichtigen, ist abzulehnen. Brox läßt damit ein wesentliches Erkenntnismittel bei der Interessenabwägung außer acht, was auch durch den Formzwang nicht zu rechtfertigen ist. Auch die Auslegung formbedürftiger Rechtsgeschäfte kann Umstände heranziehen, die außerhalb der Urkunde liegen.
- 3) Flume, AT II, § 16,5.

unter Lebenden ist auch hier auf Grund des zweiten Moments der Auslegung, das in einer Wertung des Rechtsgeschäfts besteht, auf den Zeitpunkt der Wertung abzustellen.¹⁾

Problematisch ist, ob und inwieweit bei der ergänzenden Testamentsauslegung die Form gewahrt sein muß, um das Testament unter Berücksichtigung der später eingetretenen Umstände ergänzend auslegen zu können. Die allgemeine Meinung ²⁾ hält in mehr oder weniger starkem Maße an der Formbedürftigkeit eines durch ergänzende Auslegung ermittelten Ergebnisses fest. Der Grund liegt in der Unterscheidung zwischen richterlicher Ergänzung und ergänzender Auslegung des Rechtsgeschäfts. Die Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung wird damit begründet, daß es sich im weitesten Sinne um Ermittlung des Inhalts einer rechtsgeschäftlichen Regelung handele. Ein durch Auslegung zu ermittelnder Inhalt müsse aber durch die Form gedeckt sein. Diese allgemeine Meinung ist abzulehnen. Das BGB schreibt für das Testament wie für alle anderen formbedürftigen Rechtsgeschäfte eine Form nur für die rechtsgeschäftlichen Erklärungen vor. Die erläuternde Auslegung hat den Sinn dieser Erklärungen zu ermitteln. Das Ergebnis muß deshalb durch die Form gedeckt sein. Die ergänzende Auslegung dagegen ermittelt nicht einen erklärten Inhalt des Rechtsgeschäfts. Die regelungsbedürftige Lücke ergibt sich gerade daraus, daß in der dem Formzwang unterliegenden Erklärung inhaltlich keine Regelung für den nicht

1) Vgl. oben S.73 ff.

2) Vgl. zur herrschenden Andeutungstheorie oben S.34 Anm.1 und S.61 Anm.2), zur Gegenmeinung oben S.63 und S.85. Brox (Einschränkung, S.151 ff., 153, Erbrecht RN 136) sucht den hemmenden Einfluß des Formproblems gegenüber der ergänzenden Auslegung dadurch zu vermeiden, daß er es für ausreichend hält, wenn der Erblasser den durch Auslegung ermittelten irrealen Willen bei Vorhersehbarkeit der künftigen Umstände formgültig erklärt haben würde. Damit sei die Form gewahrt. Dagegen vom Standpunkt der h.M. Bartholomeyczik, Erbrecht, § 22 I 2d.

vorhergesehenen Umstand enthalten ist. Das Ergebnis der ergänzenden Auslegung folgt aus einer sachgerechten Abwägung der Interessen nach objektiven Maßstäben, die von den in dem Rechtsgeschäft getroffenen Wertungen auszugehen hat. Liegt ein formgerechtes Rechtsgeschäft vor, das eine regelungsbedürftige Lücke aufweist, ist die ergänzende Auslegung im Prinzip zulässig. Da die ergänzende Auslegung dem Rechtsgeschäft einen Inhalt beimißt, den es nicht von vornherein hatte, kann ein solcher Inhalt unmöglich dem Formzwang unterliegen, der nur für die Erklärung besteht.

Wenn die allgemeine Meinung bei der ergänzenden Auslegung ein Formproblem zu lösen versucht, verquickt sie Probleme der Form und der Auslegung, die im Bereich der ergänzenden Auslegung gar nicht bestehen. Für eine ergänzende Auslegung besteht nur die Frage ihrer Zulässigkeit im Hinblick auf Kriterien der Auslegung, die ihre Grenze am Prinzip der Privatautonomie finden. Die ergänzende Auslegung darf eine rechtsgeschäftliche Regelung nicht im Widerspruch zu dem privatautonom erklärten Willen der Parteien treffen. Als Kriterium für diese Grenze ist darauf abzustellen, ob bei der Verfügung des Erblassers die Person des Bedachten oder der Gegenstand der Verfügung im Vordergrund steht. So kann z.B. bei dem Vermächtnis einer Bibliothek an den X der Erblasser primär beabsichtigen, dem X als einem guten Wissenschaftler die Bibliothek zuzuwenden. Dann steht die Person des Bedachten im Vordergrund. Der Erblasser kann aber auch die Absicht haben, die wertvolle Bibliothek zusammenzuhalten, ohne daß es ihm entscheidend darauf ankommt, ob sie der Wissenschaftler X oder Y erhält. Deshalb darf eine ergänzende Auslegung im ersten Fall nicht die Person des Bedachten und im zweiten Fall nicht den Gegenstand der Verfügung auswechseln. Wenn das Ergebnis der ergänzenden Auslegung im Einklang mit dem Grundsatz der Privatautonomie steht, taucht die Frage der Form überhaupt nicht mehr auf. Denn die Frage der Zulässigkeit einer ergänzenden Auslegung ist insoweit bei formbedürftigen

und formfreien Rechtsgeschäften gleich.

Zusammenfassend ist deshalb festzustellen, daß ein Formproblem bei der ergänzenden Auslegung des Testaments nicht besteht.

3. Teil: Die Auslegung des Rechtsgeschäfts nach Treu und Glauben

I. Treu und Glauben in soziologischer und verfassungsrechtlicher Sicht

Gemäß § 157 BGB sind Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Die Auslegung der Rechtsgeschäfte beschränkt sich in vielen Fällen nicht auf die Erforschung des individuellen Willens. Privatautonomie und das auf sie gegründete Rechtsgeschäft vollziehen sich nicht im internen Bereich des Erklärenden. Sie zielen darauf ab, Rechtswirkungen im sozialen Bereich zu entfalten. Damit unterliegen sie den allgemeinen sozialen Auffassungen und Regeln, die in den Grundsätzen von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte zum Ausdruck kommen. Die Willenserklärung ist nicht nur "individuelle und spontane Willensbetätigung, sondern Vollzug einer typischen, überindividuellen Sozialfunktion".¹⁾

Die interne Entwicklung des Rechtsdenkens in der Rechtsgeschichte brachte eine "logische Sublimierung" mit sich, die das "Haften an äußerlich sinnfälligen formalen Merkmalen durch weitgehend logische Sinndeutung"²⁾ ersetzte. Die gemeinrechtliche Doktrin unter Führung Windscheids³⁾ verstand die Sinndeutung als Ermittlung des wirklichen Willens der Parteien und trug dadurch ein individualisierendes und (relativ) materiales Moment in den Rechtsformalismus hinein.⁴⁾ Entspre-

1) Wieacker, Sozialmodell, S.18; Soergel-Siebert-Knopp, § 157 Anm.12.

2) Max Weber, Rechtssoziologie, S.278 f.

3) Pandekten (7.Aufl.) § 84.

4) Max Weber, a.a.O.

chend der individualistischen, liberalen Wirtschaftsgesellschaft des 19. Jahrhunderts stand weitgehend das Willensprinzip im Vordergrund. Die Hinwendung zu einer "sozialtypisch strukturierten Gesellschaft" ¹⁾ der Daseinsvorsorge" ²⁾ führte dazu, daß die auf dem Prinzip der Privatautonomie beruhende Willenstheorie in der Rechtsgeschäftslehre ³⁾ immer mehr zugunsten des Vertrauensschutzes zurückgedrängt wurde und letztlich in die Lehre der sogenannten faktischen Vertragsverhältnisse und des sozialtypischen Verhaltens mündete. ⁴⁾

Rechtfertigt der soziale Wandel zu einer industrialisierten Massengesellschaft mit ihren zahlenmäßig enorm gesteigerten sozialen Kontakten, bei der Auslegung von Willenserklärungen dem aus § 157 BGB folgenden Moment - dem Vertrauensschutz - zu Lasten des Willensprinzips den Vorrang einzuräumen? Ist eine Interessenabwägung, die nach unserer Auffassung erst nach vollständiger Ermittlung aller subjektiven und objektiven Momente zu erfolgen hat, deshalb von vornherein durch ein Übergewicht des Vertrauensschutzes bestimmt?

Versucht man, das Phänomen eines gesteigerten Vertrauensschutzes soziologisch zu erklären, muß man auf den Begriff der "sozialen Rolle" zurückgreifen, der eine Grundkategorie der modernen theoretischen Soziologie bildet. ⁵⁾ Darunter ist die

- 1) Individuum und Gesellschaft sind keine Gegensätze, die erst durch besondere Umstände zusammenzuführen sind, sondern sie gehören untrennbar zusammen. Dabei wird der konkrete Einzelmensch wesentlich bestimmt durch seine Stellung und "Rolle" innerhalb der ihn umgebenden Gesellschaft. Vgl. René König, Soziologie, Stichwort Gesellschaft, S. 110.
- 2) Wieacker, Sozialmodell, S. 18.
- 3) Vgl. oben S. 45 Anm. 2).
- 4) Haupt, Faktische Vertragsverhältnisse, 1941; Larenz (Schuldrecht I, § 4 II) spricht von "Schuldverhältnissen aus sozialtypischem Verhalten"; BGHZ 21, 319; 23, 175; dazu kritisch Enneccerus-Nipperdey, § 163 VII, Anm. 41 m.N.
- 5) Dahrendorf, Homo sociologicus, 5. Aufl., 1965; Popitz, Der Begriff der sozialen Rolle als Element der soziologischen Theorie, Tübingen 1967.

Summe aller Verhaltensregeln zu verstehen, die dem Inhaber einer bestimmten sozialen Position von der Gemeinschaft aufgegeben werden.¹⁾ Durch die Anknüpfung an Verhaltensregeln steht die Rolle im Schnittpunkt zwischen Individuum und Gesellschaft. Vom Blickpunkt des Individuums aus bedeutet die Rolle eine normative Verallgemeinerung. Der Mensch erscheint nicht als Einzelwesen, sondern als einer unter vielen Inhabern der gleichen Stellung. Von der Gesellschaft her gesehen, gewinnt die Rolle dagegen die Bedeutung einer normativen Spezialisierung, da sie nur einen Teilaspekt des Menschen erfaßt.²⁾

Das Recht regelt in soziologischer Sicht nicht die Rechtsverhältnisse einer "Person", sondern die Rechtsverhältnisse des Kaufmanns, des Mieters, des Angestellten, des Werkunternehmers. Die Differenzierung in verschiedene Rollen bringt eine immer größere Spezialisierung des rechtlichen Gesamtsystems in verschiedene Subsysteme mit sich.³⁾ Die Rolle als normatives Subsystem führt hinsichtlich des Trägers der Rolle zu einem Bündel von Vernaltenserwartungen.⁴⁾ Trägereigenschaften und Vernaltenserwartungen ergeben ein Handlungsmodell, das Konformität⁵⁾ und Interaktion⁶⁾ bezweckt.

Konformität wird in konkurrierenden Rollen gedacht. Soziale Interaktion wird dagegen in gegenläufigen Rollen gedacht. Die Rolle als Interaktionsmodell wird zur Begründung dafür herangezogen, daß im Zeitalter des Massenverkehrs, also zu Zeiten

1) Reh binder, S.212; Dahrendorf, a.a.O., S.26; E.Hirsch, Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge, 1966, S.31.

2) Reh binder, a.a.O.

3) Reh binder, S.212 f.

4) Dahrendorf, a.a.O., S.27 f., 49 f.; Reh binder, S.213; anders Popitz, a.a.O., S.22.

5) Reh binder, S.213: "Handle so, wie jeder andere Träger dieser Rolle handeln muß, damit der soziale Zweck der Rolle erreicht wird!"

6) Reh binder, a.a.O.: "Handle so, wie du im umgekehrten Fall, d.h. in der Rolle des Sozialpartners behandelt werden möchtest!"

gesteigerter Interaktion, das Erfordernis des Vertrauensschutzes das Willensprinzip verdränge. Da jede Rolle zugleich den Sinn habe, das Verhalten des Sozialpartners zu steuern, müsse sich der Sozialpartner in seinem Handeln auch auf ein äußeres Erscheinungsbild verlassen können, das die betreffenden Rollenattribute und Rollenverhaltensweisen zeige.¹⁾

Demgegenüber fragt es sich, ob man nicht von dem Sozialpartner je nach den Umständen des Falles eine gewisse Anstrengung erwarten muß, hinter dem äußeren Erscheinungsbild einer Handlung die wahren Absichten seines Gegenübers zu erkennen.

Was der Sozialpartner von einem rechtlich erheblichen Verhalten seines Gegenübers erwarten kann, bestimmen in erster Linie Treu und Glauben und die Verkehrssitte als das Normale, Typische. Es ist richtig, daß die Rolle des Menschen in einer Massengesellschaft auch im rechtlichen Bereich nicht allein vom Standpunkt der Einzelpersönlichkeit her zu bestimmen ist. Auf diesem Feld bewegt sich der Interpret, wenn er nach dem Willen des Erklärenden fragt. Selbst wenn man aber den seit der Entstehung des BGB eingetretenen sozialen Wandel berücksichtigt, ist es nicht gerechtfertigt, das Willensprinzip, die Privatautonomie und damit die Einzelpersönlichkeit auf Grund objektiver Momente zugunsten des Vertrauensschutzes der Partner im Rechtsverkehr zurückzudrängen.

Ausgehend von der Hauptaufgabe der Soziologie, soziale Prozesse zu analysieren, sieht die Rechtssoziologie ihren Auftrag darin, die Entwicklungstendenzen des Rechts in der Gesellschaft zu erforschen.²⁾ Sie ist dabei genötigt, die Ge-

1) Rehinder, a.a.O.

2) Eugen Ehrlich in der Vorrede zur "Grundlegung der Soziologie des Rechts": "Der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung liegt auch in unserer Zeit, wie zu allen Zeiten, weder in der Gesetzgebung noch in der Jurisprudenz oder in der Rechtsprechung, sondern in der Gesellschaft selbst."

sellschaft als Zusammenfassung abstrakter Rollenträger aufzufassen. Jedoch gerät leicht der Gesichtspunkt in den Hintergrund, daß es sich bei der modernen Industriegesellschaft um ein komplexes Gebilde handelt, das letztlich doch in verschiedensten Einzelpersönlichkeiten wurzelt. So kann eine im konkreten Fall zu praktizierende Methode der Auslegung sich nicht auf die Verständnismöglichkeiten eines abstrahierten "Kaufmanns", "Mieters" oder "Angestellten" beschränken. Die abstrakte Rechtsnorm regelt zwar nicht die Rechtsverhältnisse dieser Rollenträger als Personen, aber im konkreten Fall verlangt das Rechtsverhältnis von der Person her geregelt zu werden. Wer nach den Entwicklungstendenzen des Rechts in der Gesellschaft, nach den Gründen für die Entstehung von Rechtsnormen sucht, kann mit abstrakten Begriffen arbeiten. Wer aber nach dem Recht des Kaufmanns A aus einem bestimmten Vertrag mit dem Kaufmann B fragt, der hat beide Personen nicht als Träger der Kaufmannsrolle, sondern als Einzelpersönlichkeiten zu sehen, denen "ihr" Recht werden soll.

"Das Recht ändert sich, weil sich die Menschen und die Dinge ändern." 1) Eugen Ehrlich 2) wirft den Juristen vor, ihr Irrtum bestehe darin, immer nach der Entwicklung der Rechtssätze zu fragen. Würden sie die Entwicklung der Rechtsverhältnisse und der Rechtseinrichtungen sehen, dann würden sie auch bemerken, wie sich die Rechtssätze, auch ohne daß sich ein Beistrich daran geändert hätte, mit ihnen entwickelt hätten. Alle geschichtliche Entwicklung des Rechts beruhe darauf, daß die Menschen und ihre Beziehungen zueinander in jeder Zeit von so ausgeprägter Eigenart seien, daß sie so, wie sie einmal seien, nur zu ihrer Zeit möglich seien und daher im Flusse der Zeiten einem ewigen Wandel unterlägen.

1) E.Ehrlich, S.316.

2) a.a.O., S.317.

Als Beispiel sei die Entwicklung genannt, die unsere gesamte Rechtsordnung durch das Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes seit 1949 erfahren hat. Insbesondere der Grundrechtsteil hat bereits bestehenden Gesetzen einen Inhalt gegeben, der mit dem Grundgesetz in Einklang steht und von dem früheren Sinn oft völlig abweicht.¹⁾

Dieses Phänomen einer internen Entwicklung der Rechtsnormen wirft die Frage auf, ob das Wertsystem des Grundgesetzes gegenüber der auf sozialem Wandel beruhenden Zurückdrängung des Willensprinzips in einer industrialisierten Massengesellschaft gegenläufige Tendenzen entfaltet.

Eine individualistische Gesellschaftsordnung, wie sie zur Zeit der Entstehenung des BGB bestand, mußte das Willensprinzip auch bei der Auslegung in den Vordergrund stellen. Kann aber in einer "sozialtypisch strukturierten" Gesellschaft das Willensprinzip nur noch in den Grenzen sozialtypischen Handelns Geltung beanspruchen, wie es in § 157 BGB mit einer Auslegung nach dem Normalen, Typischen nahezulegen scheint?

Das soziale Leben beeinflusst entscheidend den Inhalt und die Entwicklung der Rechtsnormen. Das Handeln im sozialen Leben soll wiederum den Rechtsnormen entsprechen.²⁾ So liegt ein Verhältnis der gegenseitigen Wechselwirkung zwischen sozialem Leben und der Rechtsordnung vor.

Es ist nicht zu verkennen, daß unter dem Einfluß des Grundgesetzes der Bereich der rechtlichen Beziehungen nicht allein vom Standpunkt einer Massengesellschaft und dem durch sie bedingten Massenverkehr her bestimmt werden kann. Das Wertsystem des Grundgesetzes unterscheidet eindeutig zwischen dem Einzel-

1) Vgl. zur verfassungskonformen Auslegung BVerfGE 2,266(282); 2,336(340 f.); 4,7(22); 8,28(33-35); 8,38(41).

2) René König, Soziologie, Stichwort Recht: "... Gesellschaft" stellt "im wesentlichen ein Verhalten nach Normen" dar.

menschen und der Gesellschaft. Die nach Art.1 Abs.1 GG unantastbare Würde des Menschen steht jedem einzelnen Menschen zu.¹⁾ Gemäß Art.2 Abs.1 GG hat jeder das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit und zwar gerade in einer Massengesellschaft. Dem steht der Gemeinschaftsvorbehalt im 2.Halbsatz der Vorschrift als Ausdruck der Abkehr vom absoluten Individualismus frühliberaler Prägung gegenüber.²⁾ Es ist mit der überwiegenden Meinung davon auszugehen, daß Art.2 Abs.1 GG auf ideellem und ökonomischem Gebiet gilt.³⁾

Die Grundrechte richten sich nach ihrer geschichtlichen Entwicklung gegen den Staat.⁴⁾ In Art.9 Abs.3 S.2 GG hat der Verfassungsgeber auch ihre Wendung gegen andere Bürger und unterstaatliche Kollektive, also gegen Dritte gewollt.⁵⁾ Es ist hier nicht der Ort, auf die umstrittene Frage der "Drittwirkung" der Grundrechte im Privatrechtsbereich näher einzugehen.⁶⁾ Die Tatsache, daß Verfassungstexte etwas wirklichkeitsfern im wesentlichen auf der überkommenen individualistischen Antithese

1) v.Mangoldt-Klein, Art.1 Anm.III 3c a.E.

2) v.Mangoldt-Klein, Art.2 Anm.III 2, 3, IV.

3) Die nähere Inhaltsbestimmung der Allgemeinklausel staatsbürgerlicher Freiheit ist umstritten. Ein Teil der Literatur beschränkt die Vorschrift auf den ideellen und kulturellen Lebensbereich, so vor allem H.Peters, Festschrift für Laun, S.669 ff.; weitere Nachweise bei Maunz-Dürig, Art.2 Abs.1 RN 11 Anm.1.
Die weitaus überwiegende Meinung (vgl. Maunz-Dürig, Art.2 Abs.1 RN 11 m.N.) bezieht Art.2 Abs.1 GG auf die "menschliche Handlungsfreiheit im weitesten Sinne" (BVerfGE 6,32,36). Die Bestimmung gelte deshalb auch auf wirtschaftlichem Gebiet.

Nach einer dritten Auffassung "bildet Art.2 Abs.1 zwar auch die Grundlage für die wirtschaftliche Betätigung, hat diese aber nicht zum Gegenstand" (Zinn-Stein, Kommentar Bd.I, Erläuterung 2 Abs.1 zu Art.2, S.109) und ist nach Meinung Kleins (v.Mangoldt-Klein, Art.2 Abs.1 Anm.III 6c) nur Schutz eines "Mindestmaßes menschlicher Handlungsfreiheit, ohne das der Mensch seine Wesensanlagen als geistig-sittliche Person überhaupt nicht entfalten kann" (so Formulierung in BVerfGE 4,7,15).

4) BVerfGE 7,198(204 f.).

5) Maunz, Staatsrecht, § 13 II 11.

6) Vgl. dazu Maunz-Dürig, Art.1 Abs.3 RN 127-133.

"Individuum - Staat" verharren und damit auch das Verhaltensrecht der Verfassung auf eine Verhältnisordnung Individuum - Staat vereinfachen ¹⁾, schließt ihre jedenfalls mittelbare Anwendung im Privatrecht nicht aus. Denn Grundrechtssystem und Privatrechtssystem als Teile eines einheitlichen Gesamtrechts können nicht beziehungslos nebeneinander stehen. ²⁾ Dem entsprechend ist mit der h.M. ³⁾ anzunehmen, daß die Grundrechte in die Privatrechtsordnung mittelbar in der Weise hineinwirken, daß unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln des Privatrechts am Wertgehalt der Grundrechte gemessen und damit vom Verfassungsrecht her ausgefüllt werden, sofern sie wertausfüllungsfähig und wertausfüllungsbedürftig sind.

Das Auslegungsrecht des BGB wird durch das in § 157 genannte Prinzip von Treu und Glauben bestimmt, einem wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Begriff, der die Anwendung der in den Grundrechtsvorschriften gefallenen Wertentscheidungen bei der Auslegung privater Rechtsgeschäfte ermöglicht und sogar verlangt. Daraus ergeben sich die nachstehenden Folgerungen.

Eine entscheidend an der Person des Erklärenden oder an der Person des Erklärungsempfängers orientierte Auslegung, wie eine früher herrschende individualistische oder heute eine an der Massengesellschaft ausgerichtete soziologische Betrachtungsweise es nahelegt, wird vom Wertsystem der Grundrechte nicht gedeckt.

Das Grundgesetz enthält in Art.2 Abs.1 "die tragende Entscheidung für die rechtliche Stellung des einzelnen im Verhältnis zum Staat, aber auch im Verhältnis zum Mitbürger und zur Allgemeinheit." ⁴⁾ Dabei hält das Grundgesetz "in der Stufenfolge

1) Dürig, in Festschrift für Nawiasky, S.166.

2) Maunz, Staatsrecht, § 13 II 11.

3) Vgl. Maunz-Dürig, Art.1 Abs.3 RN 131 ff. und Anm. 1 m.N.; Dürig, in Festschrift für Nawiasky, S.177 Anm.43 m.N.; BVerfGE 7,198.

4) R.Naumann, JZ 1951,423(426).

Individualismus - Personalismus - Kollektivismus ... die mittlere Linie des Personalismus inne".¹⁾ Die allgemeine Freiheit ist nicht im rein liberalen Sinne des 19. Jahrhunderts zu verstehen. "Bei der Aufstellung des dem Höchstwert des staatlichen Zusammenlebens in der Bundesrepublik Deutschland, der Würde des Menschen (Art.1 Abs.1), entsprechenden Menschenbildes oder Persönlichkeits-Leitbildes ... wird die Menschenwürde nicht als Vorstellung eines schrankenlos-freien Individuums personifiziert, sondern als Vorstellung eines zwar ²⁾ freien, aber doch auch gemeinschaftsgebundenen Individuums."

Auf der anderen Seite steht Art.2 Abs.1 GG "in bewußtem Gegensatz zum übersteigerten Gemeinschaftsdenken und zu kollektivistischer Anschauungen, die den einzelnen in mehr oder weniger starkem Maße zur Selbstaufgabe zu zwingen und ihn als Massenmenschen in einem nicht überschaubaren Kollektiv einzuordnen oder gar zum Roboter zu stempeln suchen".³⁾

Damit ist die freie Entfaltung der Persönlichkeit in den Grenzen gewährleistet, die das Gemeinschaftsleben erfordert.⁴⁾ Es handelt sich um einen eingeschränkten Individualismus, in dem das Individuum nicht als Gegensatz zur Gemeinschaft begriffen wird. Vielmehr ist das Individuum in der Gemeinschaft, als essentielles Glied und Grundlage der Gemeinschaft zu sehen.

Es ist deshalb festzustellen, daß es unter der Geltung des Grundgesetzes auch in einer industrialisierten Massengesellschaft nicht angeht, das Willensprinzip als Grundlage der

1) H.Peters, Laun-Festschrift, S.671; v.Mangoldt-Klein, Art.2 Anm.III 3.

2) v.Mangoldt-Klein, a.a.O.

3) Wernicke, Bonner Kommentar, Erläuterung II 1 a zu Art.2.

4) v.Mangoldt-Klein, a.a.O.

persönlichen Handlungsfreiheit im rechtlichen Bereich zugunsten des in der Gemeinschaft wurzelnden Vertrauensprinzips zurückzudrängen.

Die juristische Auslegungsmethode hat dem zu entsprechen. Der Einfluß des Grundgesetzes geht dahin, das Individuum in der Gemeinschaft zu betonen. So kann das auf Treu und Glauben gestützte Prinzip des Vertrauensschutzes auch aus Gründen der Rechtssicherheit nicht dazu führen, bei der Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen von vornherein nur den Willen des Erklärenden zu ermitteln, der sich aus der Erklärung vom Standpunkt eines objektiven Betrachters in der Lage des Erklärungsempfängers ergibt. Ein solcher Ausgangspunkt verschmilzt Willensprinzip und objektive Momente auf Kosten des ersteren. Die - interessenmäßig gesehen - dreistufige Auslegung des Rechtsgeschäfts, die in der Ermittlung der Interessen des Erklärenden, des Empfängers und in deren gegenseitiger Abwägung besteht, wird zusammengezogen und gewährleistet kein abgewogenes Ergebnis, wenn die Interessen des Empfängers bereits auf der ersten Stufe die Interessen des Erklärenden beschränken. Auch in einer Massengesellschaft, in der sich der soziale Kontakt nahezu anonym vollzieht, verlangt die Sicherheit des Rechtsverkehrs nicht unbedingt, daß sich der Erklärungsempfänger von vornherein auf die rein objektive Bedeutung einer Willenserklärung verlassen darf, sofern es sich um ein Geschäft von nicht ganz alltäglicher und untergeordneter Bedeutung handelt. Denn der Sozialpartner weiß immer, daß hinter der in einem Sozialakt verkörperten Willenserklärung ein Autor steht, der dadurch seine inneren Absichten bestimmter Art verwirklichen will.

Die im Grundgesetz vollzogene Wertung eines gemeinschaftsgebundenen Individuums bedeutet, übertragen auf die Auslegung von Willenserklärungen, daß der Erklärende nur erwarten kann, seine Erklärung werde so gelten, wie der Empfänger sie ver-

stehen durfte. Andererseits kann der Empfänger nur erwarten, die Erklärung werde so gelten, wie der Erklärende sie verstanden haben wollte. Dies führt zu einer Pflicht des Empfängers, den wirklichen, d.h. den inneren Willen des Erklärenden über den objektiven Wortlaut der Erklärung hinaus zu erforschen, soweit es ihm möglich und zumutbar ist. So kann z.B. erwartet werden, daß der Empfänger bei Zweifeln über die vom Erklärenden gemeinte Bedeutung der Willenserklärung bei diesem nachfragt und sich nicht auf die rein objektive Bedeutung verläßt. Das Gebot des § 133 BGB richtet sich nicht nur an den auslegenden Richter, sondern auch an den Erklärungsempfänger oder die sonst von der Erklärung betroffenen Personen. Nach dem Grundgesetz steht der Pflicht des Individuums, die Gemeinschaft zu respektieren, die Pflicht der Gemeinschaft gegenüber, das Individuum zu respektieren. Dies bedeutet: die Gemeinschaft hat den Willen des Individuums im Privatrechtsverkehr zu beachten, soweit ihr dies möglich und zumutbar ist. In diesem Sinne ist auch die Auffassung der Willenserklärung als Sozialakt mit dem Willensprinzip und einer subjektiv orientierten Auslegung vereinbar.

Die herkömmliche Auffassung der Willenserklärung als Sozialakt stellt einseitig deren Funktion, die sich im sozialen Bereich vollzieht, in den Vordergrund. Jede Funktion bedarf jedoch eines auslösenden Moments. Bei der Willenserklärung ist dies der subjektive Wille als konstitutives Moment ihrer Geltung. Deshalb wird auch nur eine am konstitutiven Moment und der Funktion als Ausdruck getrennter, aber nicht gegensätzlicher Bereiche orientierte Auslegung dem Wesen der Willenserklärung gerecht. Subjektive Auslegung im Bereich des § 133 und objektive Auslegung nach § 157 BGB sind keine unvereinbaren Gegensätze, sondern lediglich Vorstufen des in die Interessenabwägung mündenden zweiten Moments der Auslegung, dem die normative Festsetzung des Ergebnisses obliegt. Auch in einer Gesellschaft des Massenverkehrs kann deshalb

§ 133 BGB in seinem ursprünglich gemeinten Sinn einer unumschränkten Erforschung des inneren Willens verstanden werden, ohne daß ein solches Verständnis der Norm in Widerspruch zur Auffassung des sozialen Lebens geriete. Im Gegenteil, nur eine solche Auffassung, die den Autor und die Gemeinschaft, in der die Willenserklärung sich vollzieht, als grundsätzlich gleichberechtigte Faktoren des Rechtslebens anerkennt, entspricht der Tendenz des Grundgesetzes, das der Einzelpersönlichkeit und der Gemeinschaft ihren getrennten und gegenseitig anzuerkennenden Standpunkt zuordnet.

II. Wesen und Funktion des Grundsatzes von Treu und Glauben

Eine gemeinschaftsbezogene und zugleich individualistisch ausgerichtete Auffassung des § 157 BGB, wie sie im vorhergehenden Kapitel vom Standpunkt des Grundgesetzes aus dargestellt worden ist, wird dem Charakter der Vorschrift als einer Generalklausel gerecht. Zweck der Generalklauseln ist es, im Einzelfall den Zwiespalt zwischen allgemeingültiger Norm, die die Rechtssicherheit gewährleisten soll, und der Fallgerechtigkeit zu überbrücken. Jedem Partner eines Rechtsgeschäfts soll "sein" Recht werden.

"Das Wesen des Grundsatzes von Treu und Glauben im Recht ist formal ein Leitsatz, eine Richtlinie, inhaltlich - ganz allgemein gesehen - ein Gebot an das Verhalten des Rechtsgenossen im Rechtsverkehr zur Förderung der Gerechtigkeit und der Ordnung der Rechtsgenossen untereinander und innerhalb der Gemeinschaft."¹⁾

Weber ²⁾ weist mit Recht darauf hin, daß eine Deutung des Wesens in dieser Allgemeinheit unzureichend ist. Es sei aber bei dem heutigen Stand der Vorarbeiten und Erkenntnisse nicht

1) Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 112.

2) a.a.O.

in befriedigender Weise möglich, das inhaltliche Wesen von Treu und Glauben genauer zu erfassen. Es komme hinzu, daß die Funktionsarten des Grundsatzes sich ständig entwickeln und das Wesen rückwirkend beeinflussen und sogar formen.

Diese Entwicklung wird jedoch in einer dynamischen Gesellschaftsordnung fort dauern. Man wird mit einer Wesensbestimmung des Grundsatzes von Treu und Glauben ständig zu spät kommen, weil die Entwicklung bereits darüber hinausgegangen ist. In einer nicht statischen, sondern vom sozialen Wandel beeinfluszbaren Rechtsordnung ist es deshalb unmöglich, das inhaltliche Wesen von Treu und Glauben rechtstheoretisch befriedigend zu präzisieren.¹⁾

Die allgemeine Funktion von Treu und Glauben läßt sich von einem ethischen und einem praktischen Ausgangspunkt her bestimmen.

Ethisch gesehen, enthält der Grundsatz die Forderung, der sittlichen Verpflichtung zu dienen. Er ermöglicht es der Sittenlehre, insbesondere der Sozialethik, die Tatbestände des sozialen Lebens an ihren Wertmaßstäben zu messen und als wesentlich durchzusetzen, was im Grunde nicht erzwingbarer innerer Anstand oder religiöse Gefühle verlangen.²⁾

Dem steht eine soziologisch, an der Praxis orientierte Auffassung der Funktion von Treu und Glauben gegenüber, die das Prinzip als Richtlinie einer gerechten Interessenabwägung³⁾ bis zu einem "billigen Ausgleich"⁴⁾ ansieht, der jedoch

- 1) Diesen Versuch unternimmt Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956.
- 2) Bierling, Juristische Prinzipienlehre, 1894-1917, Bd. IV, S. 243 Anm. 39; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 8. Aufl., 1903, § 100, 2 b; Wieacker, a. a. O.; Eichler, Die Rechtslehre vom Vertrauen, 1950, S. 15 Anm. 24; Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1, 1900, S. 68.
- 3) Schneider, Treu und Glauben, 1902, S. 132; F. Leonhard, Allgemeines Schuldrecht, 1929, S. 56; Oertmann, § 242 Anm. 2b; Heck, AcP 142, 317; Fischer-Henle-Titze, § 242 Anm. 1; Soergel-Siebert (9. Aufl.), § 242 Anm. 1 u. 5; Staudinger-Coing, § 133 Anm. 10; Erman, § 242 Anm. 2; RGZ 101, 47 (49); RG JW 1938, 807 Nr. 33.
- 4) v. Tuhr, AT II 1, S. 537 Anm. 18; Oertmann, § 242 Anm. 2b.

letztlich die Gefahr willkürlicher Billigkeitsentscheidungen der Rechtsprechung mit sich bringt.

Den beide Ausgangspunkte einschließenden Mittelweg hat Stamm-ler¹⁾ bereits vor Inkrafttreten des BGB gewiesen. Bei einer Entscheidung nach Treu und Glauben sei auf das oberste Ziel der Rechtsordnung, die Aufgabe des rechtlich geordneten Zusammenlebens überhaupt, zurückzugehen. Dieses Ziel ergebe sich nicht aus irgendwelchen empirischen Sonderzwecken, sondern bestehe "in dem Gedanken eines solchen sozialen Zusammenlebens, daß ein jeder Rechtsunterworfenen dem anderen gegenüber sich in unpersönlich richtiger Weise" verhalte. Es sei die Idee einer "Menschengemeinschaft, in der ein Jeder die Zwecke des Anderen zu den Seinigen" mache.²⁾

Damit wird das Prinzip von Treu und Glauben zu Recht praktisch durch Rücksichtnahme auf die Interessen der Rechtsgenossen und sozialetisch durch die Funktion als Wertmaßstab bestimmt, der aus der Tatsache der Verbundenheit des einzelnen mit der Gemeinschaft Leitlinien für sittliches Handeln im rechtlichen Bereich abgibt. Treu und Glauben stehen im Schnittpunkt von Rechtsordnung und Sittenordnung.

III. Die Wandelbarkeit von Treu und Glauben

Eine Interessenabwägung erfordert, das Gewicht der gegenüberstehenden Interessen festzustellen und den gewichtigeren Interessen den Vorrang einzuräumen. Das Gewicht der Interessen kann sich im Laufe eines möglicherweise lang andauernden Vertragsverhältnisses erheblich verschieben. Soweit dies durch äußere Umstände beeinflußt ist, die auf den Inhalt des Vertrages unmittelbar keinen Einfluß haben, handelt es sich um

1) "Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren", 1897, S.40 f.

2) Stammer, a.a.O., S.41

Fragen der Geschäftsgrundlage, die nach heutiger Auffassung ¹⁾ nicht mehr durch Vertragsauslegung aus dem Sinn des Vertrages heraus, sondern ganz allgemein mit dem Grundsatz von Treu und Glauben als einer Norm des objektiven Rechts gelöst werden. Die Anwendung der zum Wegfall der Geschäftsgrundlage entwickelten Grundsätze setzt gerade voraus, daß ein Umstand nicht Innalt des Vertrags geworden ist.

Die im soziaethischen Bereich liegende Wurzel des Prinzips von Treu und Glauben nimmt jedoch unmittelbar auf den Inhalt des Vertrages Einfluß und fällt damit in das Gebiet der Auslegung. Sie eröffnet die Möglichkeit, an ein und denselben Vertrag mit der Wandlung soziaethischer Auffassungen unterschiedliche Wertungsmaßstäbe anzulegen.

In der Literatur ²⁾ zur Auslegung nach § 157 BGB wird im Anschluß an ein Urteil des Reichsgerichts ³⁾ anerkannt, daß der Wertmaßstab "Treu und Glauben" wandelbar sei, da sich die "Meinung der gerecht und billig Denkenden" ändern könne. Deshalb sei bei der Auslegung zu beachten, daß die Frage, was Treu und Glauben entspreche, zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich zu beantworten sein könne.

So selbstverständlich, wie diese These vom Reichsgericht ver-

1) Eingehend zur Geschäftsgrundlage Karl Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl. 1963. Die ältere Rechtsprechung des RG berücksichtigte veränderte Umstände ausnahmsweise im Wege des § 157 BGB, also durch ergänzende Vertragsauslegung. Paul Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, 1921, lehnte die Vertragsauslegung ab und verwies das Problem auf § 242 BGB. Sein Einfluß auf die Rechtsprechung ging bis in die Formulierung der Geschäftsgrundlage. Vgl. RGZ 168, 126; BGHZ 25, 392; BGH LM BGB § 242 (Bb) Nr. 18 u. 36; BGH NJW 1964, 861.

2) Erman-Hefermehl, § 157 Anm. 5; Palandt-Danckelmann, § 157 Anm. 3; RGRK-Krüger-Nieland, § 157 Anm. 12.

3) RGZ 148, 81 ff.

kündet wird, ist sie keineswegs. Vielmehr hängt die Frage, ob der Wertmaßstab Treu und Glauben wandelbar ist, entscheidend davon ab, ob überhaupt wandelbare Werte existieren und in welchen Bereich der Ethik sie einzustufen sind.

Es handelt sich um das Problem der rechtlichen Verweisungen auf die Sittlichkeit. Das BGB verweist in den §§ 138, 826 auf die guten Sitten, in denen §§ 157, 242 mit Treu und Glauben auf die Sozialethik.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Sittlichkeit im rechtlichen Bereich bietet den Anlaß, die vom Reichsgericht apodiktisch aufgestellte These der Wandelbarkeit von Treu und Glauben näher zu untersuchen. Soweit an rechtliche Tatbestände ethische Maßstäbe anzulegen sind, ist zu klären, was mit dem Maßstab einer ethischen Norm gemeint ist.

Der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs ¹⁾ steht auf dem Standpunkt, es gebe eine unbedingte Wertordnung. Um den Begriff der strafrechtlichen Unzucht zu klären, sei es erforderlich, zwischen den Geboten der bloßen Sitte, der Konvention und den Geboten der Sittlichkeit, des Sittengesetzes zu unterscheiden. "Gebote der bloßen Sitte, der Konvention leiten ihre (schwache) Verbindlichkeit nur aus der Anerkennung derjenigen her, die sie freiwillig anerkennen und befolgen; sie gelten nicht mehr, wenn sie nicht mehr anerkannt und befolgt werden; sie ändern ihren Inhalt, wenn sich die Vorstellung über das, was die Sitte verlangt, ändert. Normen des Sittengesetzes dagegen gelten aus sich selbst heraus; ihre (starke) Verbindlichkeit beruht auf der vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung der Werte und der das menschliche Zusammenleben regierenden Sollenssätze; sie gelten unabhängig davon, ob diejenigen, an die sie sich mit dem Anspruch auf Befolgung wenden, sie wirklich befolgen und anerkennen oder nicht; ihr Inhalt kann sich

1) BGHSt 6,46 ff.

nicht deswegen ändern, weil die Anschauungen über das, was gilt, wechseln."¹⁾

In eine ähnliche Richtung geht die Rechtsprechung des BGH zur Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen. Wenn Beweggründe und Vorstellungen des Erblassers, der eine letztwillige Verfügung errichte, mit der sittlichen Ordnung, so wie sie dem sittlichen Bewußtsein aller gerecht und billig Denkenden gegenwärtig sei, unvereinbar seien, könne die Verfügung von der Rechtsordnung zu keiner Zeit als gültig anerkannt werden. Sei eine Verfügung nach diesen Grundsätzen sittenwidrig und nichtig, könne sie nicht dadurch wirksam werden, daß der Erblasser sie später unter Umständen, insbesondere aus Beweggründen, die sittlich nicht zu beanstanden seien, formlos bestätige oder von ihrem Widerruf absehe.²⁾

In einer späteren Entscheidung erklärt der BGH ³⁾, nach der Sittenordnung, d.h. nach Meinung aller billig und gerecht Denkenden, sei grundsätzlich der geschlechtliche Verkehr zwischen unverheirateten Personen als sittenwidrig anzusehen, erst recht zwischen einem ledigen Mann und einer verheirateten Frau, selbst wenn deren Ehe zerrüttet sei und der Ehemann den Beziehungen zustimme. Ein Vermächtnis des ledigen Mannes zugunsten der verheirateten Frau sei deshalb nichtig, wenn es die Belohnung für die außerehelichen Beziehungen darstelle.

Diese Entscheidungen des BGH sind zu Recht auf Widerspruch gestoßen.⁴⁾ Sie zeigen, wie ein Gericht ethische Auffassungen, die im Grunde von der personellen Zusammensetzung des einzelnen Senats abhängen, als Meinung aller billig und gerecht

1) BGHSt, a.a.O., S.52.

2) BGHZ 20,71(74) gegen RG DR 1943,91 und 1944,494.

3) NJW 1968,932(935).

4) Zu BGHSt 6,46: Weischedel, Recht und Ethik, 1955; Henkel, Rechtsphilosophie, 1964, S.243, Anm.3; zu BGH NJW 1968,932: W.Breithaupt, Anm.ebenda; R.Müller-Freienfels, Zur Rechtsprechung beim sog. "Mätressen-Testament", JZ 1968,441.

Denkenden, als Sittenordnung und sogar als unabänderliches Sittengesetz in der Praxis durchsetzt. Es ist fraglich, ob ein höchstes Gericht berechtigt ist, seinen Entscheidungen ethische Normen zugrunde zu legen, die nicht aus sich selbst heraus evident sind und überdies nur eine nicht eigens begründete Auswahl aus der abendländisch-christlichen ethischen Tradition darstellen.¹⁾ Der Widerspruch der Literatur zeigt, daß der Standpunkt des BGH keineswegs von *a l l e n* billig und gerecht Denkenden geteilt wird.

Der BGH geht in den zitierten Entscheidungen von einem unbedingten, für alle verbindlichen Sittengesetz aus, als gebe es keine plurale Gesellschaft. Der Satz von der unbedingten und unabänderlichen Geltung des Sittengesetzes - ohne Rücksicht auf die Anschauungen der Normadressaten - läßt sich in seinem Kern auf die materiale Wertethik Max Schelers²⁾ und Nicolai Hartmanns³⁾ zurückführen. Legt man diese Grundsätze auch an den Wertmaßstab Treu und Glauben an, kann man nicht so ohne weiteres wie das Reichsgericht⁴⁾ und die ihm folgende Literatur⁵⁾ seine Wandelbarkeit bejahen.

Die materiale Wertethik und damit auch der Standpunkt des BGH bilden eine nur unzureichende Grundlage für rechtliche Entscheidungen. Denn die philosophische Wertlehre ist weit davon entfernt, einheitliche und gesicherte Ergebnisse bieten zu können.

Die hier in Betracht kommenden ethischen Werte wie Treue, Redlichkeit, Wahrhaftigkeit, Gut und Böse haben nach der materialen Wertlehre Schelers ein Sein an sich.⁶⁾ Sie gelten absolut

1) Weischedel, S.32.

2) "Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik", 4. Aufl., 1954.

3) "Ethik", 1926.

4) Vgl. oben S.112 Anm.3).

5) Vgl. oben S.112 Anm.2).

6) Scheler, S.36, 105 f., 405.

und unabhängig von der Existenz der sie begreifenden Wesen und unabhängig von einer solchen Erkenntnis überhaupt.¹⁾ Ebenso absolut sei ihre Rangordnung, so daß sie für die Menschen unabänderbar sei.²⁾ Sie sei für den Menschen einsichtig gegeben und besitze mit ihrem apriorischen Gehalt eine eigene intuitive Evidenz.⁴⁾ Welcher Wert höher als der andere sei, werde in einem besonderen Akt der "Werterkenntnis" erfaßt, den Scheler "Vorziehen" nennt.⁴⁾

Dagegen wendet Weisedel⁵⁾ mit Recht ein, daß nicht jeder das gleiche als Wert oder Unwert, als höheren oder niederen Wert empfinde. Auch ein Vergleich verschiedener Zeitalter und Kulturkreise zeigt unüberbrückbare Gegensätze. Die Wertvorstellungen im vorchristlichen Altertum sind anders als in christlicher Zeit. Der in der locatio conductio des klassischen römischen Rechts unzureichend ausgestaltete Rechtsschutz der sozial abhängigen Mieter, Dienstpflichtigen und kleinen Handwerker würde der heutigen Auffassung von Gerechtigkeit und Treu und Glauben keineswegs entsprechen. Das römische Recht zählte die locatio conductio aber zu den bonae fidei iudicia, bei denen die fides den Grund der rechtlichen Verpflichtung bildete und damit dem Richter freies Ermessen einräumte, die Vertragspflichten zu bestimmen. Es beruhte auf dem Übergewicht jener Gesellschaftsschicht, die in Rom die führenden Politiker und Juristen stellte, daß die staatliche Gesetzgebung und auch das Ermessen der Juristen kaum etwas zum Schutz der sozial Abhängigen getan haben.⁶⁾

Wenn Treu und Glauben in unserer Rechtsordnung ein weitergehender Inhalt beigemessen wird, läßt sich das kaum mit Schelers These der absoluten Evidenz jeder Werterkenntnis verein-

1) Scheler, S.65 f.

2) Scheler, S.45, 107 ff.

3) Scheler, S.90.

4) Scheler, S.107.

5) S.23.

6) Kaser I, § 46 III a.E.

baren. Dies legt den Schluß nahe, daß alle Werte nur in einer subjektiven Vorstellung existieren und damit auch vom Wandel dieser subjektiven Vorstellung abhängen. Werden nicht alle Werte von dem durch sein Wertgefühl reagierenden Subjekt und der das Subjekt beeinflussenden sozialen Ordnung bestimmt?

Nach Scheler beruht ein Wandel der sittlichen Ideale nicht auf einer materialen, inneren Entwicklung der Werte als solcher, sondern auf einer fortschreitenden Werterkenntnis, die immer höhere, doch an sich bereits gegebene Werte erschließe. Lediglich die Vorzugsregeln zwischen alten und neuen Regeln seien verändert, das Ganze werde relativiert.¹⁾ Bei den empirischen Verschiedenheiten und Schwankungen handele es sich nur um Variationen des menschlichen Wertbewußtseins.

Dies würde bedeuten, daß zwar die dem Prinzip von Treu und Glauben zugrunde liegenden ethischen Werte als solche nicht wandelbar sind, faktisch aber der Maßstab sich mit der fortschreitenden Werterkenntnis ändern kann.

Weisedel²⁾ hat die Schwächen der materialen Wertlehre für die rechtliche Praxis aufgedeckt. Sie lasse das Faktum der Wertrevolutionen außer acht, in denen oftmals Werte früherer Zeitalter, die inzwischen entthront worden seien, zu erneuter Geltung gelangt seien wie etwa im Verhältnis von Christentum und Aufklärung. Wenn Scheler die postulierte Rangordnung der Werte dadurch für gesichert halte, daß ihre spätere Erkenntnis im Laufe der Geschichte auch ihre höhere Wahrheit erweise, dann geschehe dies auf Grund einer recht gewaltsamen Bewertung der historischen Phänomene.

Unterschiedliche Wertungen und der Wandel der Wertordnungen beruhen auch nicht ausschließlich auf Mängeln des Wertbewußtseins. Vielmehr können sich in den "Wertungen sowohl der Einzelnen wie der Menschengruppen individuelle und kollektive

1) Scheler, S. 318 f.

2) S. 25 ff.

Vorzugstendenzen unterschiedlicher Art geltend machen, die eine verschiedene Perspektive zum Reich der Werte hervorruufen." ¹⁾ Die für einen logischen Erkenntnisakt geltenden Kategorien "richtig" oder "unrichtig" lassen sich auf Werturteile als Ergebnisse emotionalen Werterlebens nicht anwenden; denn bei dem Gefühlserlebnis des Wertens sind nicht allgemeingültige Gesetze des Erkennens, sondern die unterschiedlichen Auffassungen der Menschen von dem, was "richtig" oder "unrichtig" ist, maßgeblich. ²⁾

Schließlich erweist sich an der unterschiedlichen Tafel der Werte bei Scheler und Hartmann, daß keine aus sich selbst heraus evidente Einsicht der Werte möglich ist, sondern daß die Einsicht von der Werterkenntnis des jeweiligen Philosophen abhängt. Scheler ³⁾ hält die Idee des Heiligen für die "letzte (und zwar die oberste) Wertqualität in der Rangordnung der Werte"; nach Hartmann dagegen gibt es überhaupt keinen obersten Einheitswert. ⁴⁾ Da selbst für die Vertreter der materialen Wertlehre weder der einzelne absolute Wert noch das Verhältnis aller Werte zueinander auf Grund der Möglichkeit fortschreitender Werterkenntnis endgültig feststehen, führt die Ansicht des BGH ⁵⁾ von der vorgegebenen und unänderlichen Wertordnung bei einem Konflikt einzelner Werte zu einer in der Rechtspraxis nicht tragbaren Unsicherheit. Das Gericht muß bei derartigen Konflikten immer damit rechnen, daß die auf dem als höher erkannten Wert beruhende Entscheidung nicht "richtig" ist, weil es vielleicht einer "Wert- und Vorzugstauschung" ⁶⁾ erlegen ist. Diese Möglichkeit besteht zwar grundsätzlich auch dann, wenn man eine unbedingte Wertordnung ablehnt. Die Entscheidung ergeht aber in diesem Fall nicht mit dem unbedingten, geradezu selbstherrlichen Geltungsanspruch, wie der BGH seine ethischen Auffassungen durchsetzt.

1) Henkel, S.243.

2) Vgl. Henkel, a.a.O.

3) S.306.

4) Vgl. Weischedel, S.26 f.

5) BGHSt 6,46(52).

6) Vgl. Scheler, S.320.

Die Schwäche der Auffassung, es gelte eine unbedingte, unwardelbare Wertordnung, beruht darauf, daß sich die Existenz absoluter Werte nicht nachweisen läßt. Umgekehrt läßt sich aber auch nicht beweisen, daß es keine absoluten Werte gibt. Diese Tatsache reicht jedoch aus, um dem Geltungsanspruch absoluter Werte in wissenschaftlichen Systemen den Charakter der Notwendigkeit zu nehmen.¹⁾ Es ist unmöglich, aus dem, was ist, zu erschließen, was richtig ist, was sein soll.²⁾ "Sollenssätze, Werturteile, Beurteilungen können nicht induktiv auf Seinsfeststellungen, sondern nur deduktiv auf andere Sätze gleicher Art gegründet werden."³⁾ Aus diesem Grunde sind "die letzten Sollenssätze unbeweisbar, axiomatisch, nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig."⁴⁾ Im Grunde handelt es sich bei der Frage nach absoluten Werten um die Suche nach Prämissen, aus denen Werturteile abgeleitet werden können, die dann jedoch mit dem gleichen absoluten Geltungsanspruch ausgestattet sein sollen. Lassen sich aber die Prämissen nicht begründen, können aus ihnen auch keine Werturteile abgeleitet werden, ohne auf weitere, nicht absolute Werte zurückzugreifen.⁵⁾ Wenn sich Werte nur begründen lassen, indem man sie auf andere, selbst nicht absolut begründbare Werte zurückführt, ergibt sich ein Relativismus aller Werte.

Der Wertrelativismus ⁶⁾ sucht die Richtigkeit jedes Werturteils nur in Beziehung zu einem bestimmten obersten Werturteil, nur im

1) Schreiber, S.141.

2) Radbruch, S.97.

3) Radbruch, a.a.O.

4) Radbruch, S.100.

5) Schreiber, a.a.O.

6) Als bedeutendste Vertreter sind neben Gustav Radbruch (Rechtsphilosophie, S.97 ff.) zu nennen: Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 7. Neudruck 1960; Max Weber, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1922. Henkel entwickelt in seiner Rechtsphilosophie (S.246 ff.) eine als "objektiver Wertrelationismus" bezeichnete Theorie, die dem Wertrelativismus nahesteht, bewußt jedoch die Tendenz zum Subjektivismus vermeidet.

Rahmen einer bestimmten Wert- und Weltanschauung, nicht aber die Richtigkeit dieses Werturteils, dieser Wert- und Weltanschauung selbst festzustellen. Er bedeutet Verzicht auf die wissenschaftliche Begründung letzter Stellungnahmen, nicht Verzicht auf die Stellungnahme selbst.¹⁾ Ob etwas "wertvoll" ist, muß nach dem Ziel oder Zweck beantwortet werden, für den es nützlich ist, und nach den "Vorstellungen, Ideen oder Meinungen ... , die ein Einzelner oder eine Gruppe von Personen darüber hat, was wertvoll oder nicht wertvoll ist."²⁾

Das zuletzt genannte Kriterium führt bereits zu einem Wertsubjektivismus, der die extreme Gegenposition zum Wertabsolutismus einnimmt. Jede Wertung ist nur durch ein auf sein Wertgefühl reagierendes Subjekt möglich. Aus dem subjektiven Erleben des einzelnen bildet sich sein Werturteil. Richtig ist, daß alle Werte wesensnotwendig eine besondere Art des Bewußtseins voraussetzen. Dies wird erst dann zu einem Werts subjektivismus verkehrt, wenn man auch den Inhalt des Werterlebnisses, also den Wert selbst, nur in der inneren Anschauung des einzelnen, nur in dem persönlichen Erlebnis existieren läßt und ihm darüber hinaus keine Bedeutung beimißt. Da aber jeder unterschiedlich wertet und keinem ein Vorrang zukommt, folgt daraus eine Gleichberechtigung aller subjektiven Wertungen.³⁾

Dieser Ansicht ist mit Henkel ⁴⁾ entgegenzuhalten, daß die einzelnen Menschen auch übereinstimmend subjektiv werten können. Demgemäß gibt es "überindividuell-kollektive Werturteile" ⁵⁾, die zu überindividuellen und damit zu (wenn auch in gewissem Sinne relativ) objektiven Werten führen. Da der Wertsubjektivismus die Verbindung der einzelnen Werterlebnisse zu einer übersubjektiven Wertwelt nicht herzustellen vermag, ist

1) Radbruch, S.102 ff.

2) Schreiber, S.141 Anm.311.

3) Vgl. die Darstellung bei Scheler, S.278 ff. und Henkel, S.243 f.

4) S.244.

5) Henkel, a.a.O.

er für den Bereich der Normsetzungen in Sitte, Sozialethik und Recht unbrauchbar. Nur eine objektive Werthaltung, in der die überindividuell gültigen Werte einer Gemeinschaft zum Ausdruck kommt, kann die Grundlage für Normentscheidungen mit einem allgemeinen Geltungsanspruch bilden. Dies gilt insbesondere für die rechtliche Praxis, in der vielfach subjektive Wertungen streitender Parteien kollidieren. Gegensätzliche Interessen sind nur nach objektiven Maßstäben zu entscheiden.¹⁾

Der Subjektivismus wird in zugespitzter Form zu einem Wertnihilismus radikaler soziologischer Strömungen.²⁾ Nach Auffassung Theodor Geigers sind Recht und Moral den Begriffen nach konträre Erscheinungen, die sich im geradlinigen Entwicklungsverlauf von einer primären sozialen Ordnung her zusehends voneinander entfernen. Moral beruhe auf innerer, Recht auf äußerer Verpflichtung. "Moral ist das, wozu ich mich verpflichtet fühle, Recht das, wozu die Staatsmacht mich verpflichtet."³⁾ Der heute in einer den Grundsatz der Gewissens- und Denkfreiheit anerkennenden Rechtsgesellschaft noch vorhandene Bestand allgemeiner Moralauffassungen sei unzulänglich zur sittlichen Grundlegung einer Rechtsordnung. Wolle man nicht trotzdem den sittlichen Charakter der Rechtsordnung aufrechterhalten, wie dies "dank dem philosophisch und soziologisch übel beratenen Bemühen der Juridiker" der Fall sei, oder wolle die Rechtsordnung nicht den Anspruch innerer Verbindlichkeit aufgeben, bleibe nur die Konsequenz des Wertnihilismus.⁴⁾

Der Wertnihilismus besteht nach Theodor Geiger ⁵⁾ darin, daß im allgemeinen Denken die Vorstellung aus gebieterischen Wertideen abgeleiteter "innerer" Verbindlichkeit allmählich de-

1) Henkel, a.a.O.

2) Theodor Geiger, S.299,313,335 ff.

3) Th.Geiger, S.329.

4) Th.Geiger, S.333,334,335 ff.

5) S.335.

struiert werde, das heiße, die Wertmoral selbst verschwinde als Lebensform. Nachdem die Moral durch ihre Verinnerlichung und Spiritualisierung sich selbst als soziale Lebensordnung ad absurdum geführt habe, komme der "unverblmten sozialen Interdependenz" ¹⁾ die ordnende Kraft in einer wert nihilistischen Gesellschaft zu.

Eine soziale Normenordnung ist auch für den Soziologen unentbehrlich, der jeden ethischen Wert als Grundlage leugnet. Sie wird deshalb aus der faktischen Geltung sozialer Verhaltensmodelle und aus dem faktischen Funktionieren des Sanktionsapparates erklärt, d.h. der Rechtsprechungs- und Vollzugsorgane. Die Verbindlichkeit einer Norm beruhe auf der Wahrscheinlichkeit, daß entweder ihr gemäß gehandelt werde oder eine Reaktion auf die Zuwiderhandlung folge. Der Motor, der diesen Mechanismus in Gang halte, sei die "soziale Interdependenz". ²⁾

Die Oberflächlichkeit, mit der die Existenz der sozialen Ordnung durch den Wert nihilismus allein aus der faktischen Geltung sozialer Gebarensmodelle gedeutet wird, erweist sich durch einen Blick auf die Theorie ³⁾ des Ursprungs einer sozialen Ordnung. Ehe von einer subsistenten Norm die Rede sein könne, müsse ein faktisches Gebarensmodell herausgebildet und kollektiv akzeptiert sein. Dies vollziehe sich in der Weise, daß eine individuelle Handlung sich zur Gewohnheit entwickle; diese erwecke eine "Gebarens-Erwartung" beim Zuschauer, die zur Nachahmung in der gleichen Situation führe. Sofern die Mechanismen der individuellen Gewohnheitsbildung und inter-individuellen Nachahmung eine gewisse Handlungsweise ergreifen, entstehe ein kollektiver, moralisch indifferenter Brauch. Jede Abweichung davon erwecke in den Mitinteressenten, die entsprechend ihrer Erwartung anders disponiert hätten,

1) Th.Geiger, S.48: "Der einzelne ist in seinem ganzen Dasein physisch und psychisch vom Zusammenleben mit anderen abhängig. Die Menschen leben in gegenseitiger Anlehnung aneinander, in sozialer Interdependenz."

2) Th.Geiger, S.214.

3) Th.Geiger, S.52 ff.

Irritation, ja Entrüstung. Von diesem Punkt an sei ins Bewußtsein getreten, daß man ein bestimmtes Gebaren erwartet habe. Aus dem Gebarensmodell sei eine subsistente Norm entstanden.

In der Argumentation Geigers liegt ein Bruch an der Stelle, die den Übergang von der individuellen Gewohnheit zum allgemeinen Gebarensmodell betrifft.¹⁾ Es fehlt jede Erklärung dafür, wieso aus der individuellen Gewohnheit eines einzelnen oder der ihn unmittelbar umgebenden "Gruppengenossen" ein kollektives Gebarensmodell der g a n z e n Rechtsgemeinschaft entsteht. Geiger überträgt seine Theorie aus der Ebene der Individualität auf die Ebene der Gesamtheit, ohne zu erklären, warum die Mitglieder der Gemeinschaft sich ein individuelles Gebarensmodell aneignen, wenn sie noch nie unmittelbar damit in Berührung gekommen sind.

In der Theorie Geigers besteht eine weitere Lücke. Er gibt zu, nicht erklären zu können, warum die Gewohnheitsbildung bei einzelnen Handlungsweisen ausbleibe²⁾, einzelne Gewohnheiten nicht kollektiv übernommen würden³⁾ und manche allgemeine Gewohnheiten in die normative Ebene erhoben würden, andere aber nicht.⁴⁾

Beide Lücken beruhen auf demselben Grund, einem Grund, den Geiger jedoch vom Standpunkt des Wertnihilismus aus nicht verwenden konnte. Um ein individuelles Verhalten in einer menschlichen Gemeinschaft allgemein gültig und verbindlich werden zu lassen, muß ein Moment hinzutreten, das in der gemeinsamen Denkweise verankert ist. Dies ist die gemeinsame Erkenntnis, daß eine bestimmte Handlungsweise für die Gemeinschaft wertvoll ist. Die rein mechanistische Betrachtungsweise Geigers genügt nicht, die Übergänge zwischen einzelnen Stufen des Geltungsbereichs zu erklären. Auch der "Mechanismus der Spontanreaktion"⁵⁾ bildet keine dauerhafte Grundlage, fehlt ihm doch der geistige Überbau. Jede Verhaltensordnung setzt

1) Vgl. Th.Geiger, S.93 ff.

2) S.111 ff.

3) S.114.

4) S.116.

5) Th.Geiger, S.178.

eine Vielzahl von Werterlebnissen in der Gemeinschaft voraus, bevor sie faktische Geltung erlangt. Die individuellen und doch übereinstimmenden Werterlebnisse führen zu einer festen und geübten Werthaltung. Diese erst ermöglicht, daß sich die gültigen Verhaltensmodelle - ebenso wie die polaren Vorstellungen über die sozial unzulässigen Verhaltensweisen - allmählich herausbilden.¹⁾ Nur das setzt sich allgemein und dauerhaft durch, was auch allgemein als wertvoll erkannt wird.

Als Zwischenergebnis und Grundlage für die weitere Untersuchung ist festzuhalten, daß ethische Werte im Gegensatz zur Theorie des Wertnihilismus real und nicht nur illusionär existieren. Auf der anderen Seite ist die Auffassung der materialen Wertethik, es gelte eine absolute und unabänderliche Wertordnung, nicht beweisbar. Die Geltung ethischer Werte in einer Gesellschaft hängt damit im Grunde von den allgemeinen Anschauungen ab, die in dieser Gesellschaft herrschen. Sie sind wandelbar wie die Anschauungen der Gesellschaft über das, was wertvoll ist. Lediglich der Intensitätsgrad, in dem ethische Werte wandelbar sind, ist unterschiedlich und hängt von dem Bereich ab, dem der einzelne Wert zugeordnet ist. Dies gilt auch für den Wertmaßstab Treu und Glauben.

Als "einfache Sittlichkeit" ²⁾ der Sozialmoral läßt sich die von einer Sozietät für ihren Lebensraum positivierte Sittenordnung bezeichnen, eine soziale Form der Sittlichkeit.³⁾ Sie ist der Inbegriff sittlicher Verhaltensanforderungen, die von der Gesellschaft an ihre Mitglieder gestellt werden, und setzt voraus, daß innerhalb der durch eine umfassende Lebensordnung zusammengeschlossenen menschlichen Gruppe ein Grundbestand gemeinsamer Anschauungen hinsichtlich des sittlich

1) Henkel, S.245.

2) O.F.Bollnow, Einfache Sittlichkeit, 2.Aufl.1957.

3) Henkel, S.133.

guten Handelns besteht. "Wie die Gruppe als Träger einer von ihr geschaffenen und verwirklichten Rechtsordnung eine Rechtsgemeinschaft darstellt, so zeigt sie sich in ihrer Sozialmoral als sittliche Wertgemeinschaft." ¹⁾ Das im sozialen Kontakt geprägte und vorherrschend gewordene sittliche Empfinden führt zu entsprechenden Verhaltenserwartungen. Diese Erwartungen beschränken sich auf das typische Verhalten des Menschen in den Sozialbezügen. Sie berühren weder sein Verhältnis zu Gott noch seine Verantwortlichkeit gegen sich selbst, sondern lediglich die Sozialperson in ihrem Verhältnis zu den anderen und zur Gesamtheit. Die einfache Sittlichkeit enthält demnach nur die elementaren sittlichen Grundwerte des Soziallebens, zu denen insbesondere die Tugenden der Redlichkeit im Verkehr, Anständigkeit, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit in der Erfüllung von Pflichten gegenüber anderen und der Gesamtheit, Rücksichtnahme auf die Mitmenschen und Hilfsbereitschaft zu rechnen sind.²⁾

Der Begriff Treu und Glauben verweist die praktische Rechtsanwendung auf diesen Bereich der Sozialmoral. Diese Einordnung bedeutet für die Frage der Wandelbarkeit, daß die Schwankungen der subjektiven Ethik eines einzelnen ohne direkten Einfluß sind, andererseits aber die Möglichkeit einer Änderung nicht durch die Normen einer religiösen oder profanen Hochethik ausgeschlossen wird, die in der Regel der direkten Einflußnahme des einzelnen entzogen sind. Der Intensitätsgrad der Wandelbarkeit im Bereich der Sozialmoral steht in der Mitte zwischen subjektiver Ethik, die der einzelne nach seinem Gewissen gestaltet, und der Hochethik, die ihm mit einem absoluten Geltungsanspruch gegenübersteht.³⁾ Die Wechselbeziehung zwischen den einzelnen Bereichen kann dazu führen, daß Änderungen aus der einen Sphäre in die andere hinüberwirken. Dabei vermag

1) Henkel, a.a.O.

2) Vgl. Henkel, a.a.O.

3) Vgl. zu dieser Einteilung Henkel, S.129 ff.

gerade die Hochethik mit belender und erneuernder Kraft der Gefahr entgegenzuwirken, daß eine traditionell geübte Gruppenmoral wie jede Sittenbildung erstarrt und entleert wird.¹⁾

Die Sozialmoral läßt sich inhaltlich übereinstimmend als die "in der Gegenwart anerkannte und geübte Moral des Volkes", als "allgemeingültige Sittlichkeit" und als die "im Volke lebenden Regeln des Sittengesetzes"²⁾ kennzeichnen. Die Rechtsprechung³⁾ verwendet die Formel vom "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden", dem "in der Übung zutage tretenden Empfinden der Volksgenossen, gemessen an einem durchschnittlichen Maßstab"⁴⁾. Dies bedeutet allerdings nicht, daß ein Durchschnittsmaß innerhalb der gesamten in der Gesellschaft vertretenen sittlichen Anschauungen zu ermitteln wäre. Treu und Glauben verweisen nicht auf eine statistisch errechenbare Quantität, sondern auf eine normative Qualität der Sozialmoral.⁵⁾ Da die normative Qualität wiederum vom "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" bestimmt wird, liegt hier ein ständiger Zirkelschluß vor.

Die normative Qualität einer Sozialmoral ist abhängig von den jeweiligen politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Verhältnissen, die den gesamten sozialen Bereich prägen und damit im einzelnen Fall auch bestimmen, was Treu und Glauben entspricht.⁶⁾ Mit jedem sozialen Wandel, der - wie die Geschichte zeigt - in keinem Staat und keiner Gesellschaft auszuschließen ist, verbindet sich immanent auch eine Wandlung der sozialen Wertordnung. Diese ist für das Recht keine überzeitlich-unveränderliche Vorgegebenheit, sondern als eine vom Menschen zu⁷⁾ gestaltende Ordnung ist sie dem ständigen Wandel unterworfen.

1) Henkel, S.135.

2) Vgl. Henkel, S.148.

3) RGZ 48,124; 73,113; 80,221; Motive II,727.

4) RGZ 80,219(221).

5) Vgl. Henkel, S.148: "Maßstab der Sozialmoral ist diejenige Beurteilung, die übereinstimmend von allen verständigen, sittlich verantwortlich fühlenden Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft zu erwarten ist."

6) Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 134.

7) Henkel, S.259.

Ein sozialer Wandel im umfassenden Sinn ergreift alle sozialen Bereiche und schließt die Annahme aus, daß es neben den Elementen des sich Wandelnden stets auch einen breiten Bereich von Dauerwerten als Grundstock der sozialen Wertordnung gibt,¹⁾ oder daß die allgemeinen Grundzüge von Treu und Glauben sich nicht zu ändern vermögen.²⁾

IV. Der maßgebende Zeitpunkt für Treu und Glauben

Die Frage, was Treu und Glauben erfordern, kann wegen der Wandlung sozialer ethischer Anschauungen einer Rechtsgemeinschaft nicht für alle Zeit festgelegt werden. Die Rechtsprechung³⁾ hat in einer Reihe von Entscheidungen untersucht, welche Auswirkungen es auf ein bestehendes Vertragsverhältnis hat, wenn der Maßstab von Treu und Glauben sich zwischen der Begründung des Vertrags und der Geltendmachung der Vertragsansprüche ändert. Das Problem stellt sich nicht nur bei Dauer-schuldverhältnissen, sondern auch bei Rechtsverhältnissen, aus denen sich ein erst später fällig werdender Anspruch ergibt oder bei denen der Berechtigte einen fälligen Anspruch erst später geltend macht. Auch bei einseitigen und mehrseitigen Rechtsgeschäften kann das Problem auftauchen.

Aus dieser summarischen Übersicht ergibt sich, daß für die Beurteilung eines Rechtsgeschäfts der Zeitpunkt maßgebend sein kann, in dem die Willenserklärungen abgegeben werden oder Rechte durch einen Vertragsabschluß entstehen, ferner der Zeitpunkt, in dem sie fällig werden oder der Berechtigte sie geltend macht. Bei aufschiebend bedingten Rechtsgeschäften ist zusätzlich zwischen dem Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärungen, dem Vertragsschluß und dem Zeitpunkt zu unterscheiden, in dem das Rechtsgeschäft durch Eintritt der Bedingung voll wirksam wird. Das gleiche gilt für genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäfte.

1) So aber Henkel, S.253.

2) So aber Staudinger-Weber, § 242 Anm.A 134.

3) RGZ 148,81; BGHZ 12,337; 23,285.

A. Das Problem, welcher Zeitpunkt maßgebend ist, um ein Rechtsgeschäft nach Treu und Glauben auszulegen, soll an einem Fall aus der Rechtsprechung untersucht werden. Die Entscheidung in RGZ 148,81, die - soweit ersichtlich - als erste anerkennt, daß die Auffassung über Treu und Glauben einem Wandel unterliege, trifft nicht unser Problem. Das Reichsgericht hatte sich mit der Herabsetzung von Versorgungsbezügen durch ein Unternehmen zu befassen, dessen Bestand während der Wirtschaftskrise 1933 durch hohe Versorgungsleistungen gefährdet war. Das Urteil rechtfertigte die Herabsetzung damit, die Anschauungen über das, was Treu und Glauben erfordern, seien verändert. Diese geläuterten Anschauungen würden bei den gegebenen besonderen Umständen unter dem Gesichtspunkt der Treuepflicht verlangen, sehr hohe Vergütungen eines Arbeitnehmers zu kürzen. Das Problem wird nach moderner Auffassung ¹⁾ aus dem Gedanken der Treuepflicht und dem Wegfall der Geschäftsgrundlage gelöst. Es ist aber kein Fall, in dem sich der Maßstab von Treu und Glauben i n h a l t l i c h geändert hat, wie das Reichsgericht es zum Ausdruck bringen wollte. Damit geht auch die Literatur fehl, wenn sie sich in der Frage der Wandelbarkeit von Treu und Glauben auf diese Entscheidung beruft.²⁾

Die inhaltliche Änderung des Maßstabes Treu und Glauben während der Dauer oder der Abwicklung eines Vertrags kann entweder dazu führen, im Wege der Auslegung vertraglich begründete Rechte einzuschränken bzw. aufzuheben oder mit dem Vertragsabschluß noch nicht begründete Rechte entstehen zu lassen. Den ersteren Fall hatte der BGH ³⁾ durch das im folgenden dargestellte Urteil zu entscheiden. Die Entstehung von Rechten,

1) BAG 2,18; 2,23; BAG AP § 242 BGB Ruhegehalt Nr.27; BGHZ 16, 50; Soergel-Siebert (9.Aufl.), § 242 Anm.275 ff.; Soergel-Wlotzke-Volze, § 611 Anm.122.

2) Vgl. oben S.112 Anm.1)

3) BGHZ 13,346.

die nach dem ursprünglichen Vertragsinhalt nicht gegeben waren, soll im Zusammenhang mit einer Änderung der Verkehrssitte untersucht werden, da sie ebenfalls diese beiden Möglichkeiten eröffnet.

Der Kläger war langjähriges Mitglied der NSDAP. Im Jahre 1939 stellte ihn die beklagte Aktiengesellschaft ordnungsgemäß als Vorstandsmitglied an. Die Gehaltsbezüge betrugen 18.000.- RM, später 24.000.- RM. Unter bestimmten Voraussetzungen sollte der Kläger ein lebenslängliches Ruhegehalt erhalten. Der Kläger war der Auffassung, daß ihm das Ruhegehalt für die Zeit vom 1.1.1949 an zustehe.

Der BGH nahm an, daß der Kläger die außergewöhnlichen beruflichen Vorteile ausschließlich oder überwiegend seinen Bindungen an die NSDAP zu verdanken habe. Ohne diese Verbindung hätte der Kläger seine Stellung bei der Beklagten und das Ruhegehalt kaum erreichen können.

Der BGH verwies die Sache an das Berufungsgericht zurück, um prüfen zu lassen, ob die Zahlung des Ruhegehalts sich als Weitergewährung von Vorteilen darstelle, die dem Kläger während der Herrschaft des Nationalsozialismus aus sachlich nicht gerechtfertigten Gründen eingeräumt worden seien und auf die er nach Beseitigung der nationalsozialistischen Herrschaft keinen Anspruch habe. Bei dieser Prüfung seien alle für eine mit Treu und Glauben (§ 242 BGB) in Einklang stehende Entscheidung maßgebenden Umstände zu würdigen. Es sei nicht von Maßstäben auszugehen, die während der Herrschaft des Nationalsozialismus angelegt worden seien, sondern es komme darauf an, was heute unter Abwägung der Interessen beider Parteien als billig und gerecht zu gelten habe.¹⁾ An anderer Stelle ²⁾ führt der BGH aus, eine auf § 157 BGB gestützte ergänzende Vertragsauslegung dürfe nur in Einklang mit den Grundsätzen

1) Ebenso BGHZ 12,337(343).

2) BGHZ 23,282(285 f.).

von Treu und Glauben vorgenommen werden. Maßgebend dafür seien nicht die Rechtsanschauungen zur Zeit des Vertragschlusses. Die nach § 157 BGB gebotene Anwendung von Treu und Glauben müsse dazu führen, der veränderten Rechtsanschauung Rechnung zu tragen.¹⁾

In der Regel ändert sich ein sozialetischer Wertmaßstab nicht von heute auf morgen. Mit einer abrupten Änderung der Rechts- und Gesellschaftsordnung kann jedoch auch das Prinzip von Treu und Glauben sich innerhalb kurzer Zeit wandeln. Das naheliegendste Beispiel hierfür ist das Ende der nationalsozialistischen Staatsordnung. Damit tritt zugleich ein wichtiger Gesichtspunkt in den Vordergrund, der eine Differenzierung erforderlich macht.

Eine Änderung des sozialetischen Wertmaßstabes von Treu und Glauben beruht immer darauf, daß ihm in einer veränderten Rechtsordnung ein anderer Inhalt beigemessen wird. Es ist möglich, daß der Inhalt von Treu und Glauben in der früheren Rechtsordnung *R e c h t* im Sinne der Gerechtigkeit war. Es kann aber auch sein, daß die frühere Rechtsordnung den Inhalt von Treu und Glauben als *Recht* vorgab und in Wirklichkeit *U n r e c h t* setzte. Diese Unterscheidung ist zu berücksichtigen, wenn man den Ausgangsfall auf die für Treu und Glauben in Betracht kommenden Zeitpunkte abwandelt.

Das Recht des nationalsozialistischen Staates diene nach dem Willen der Machthaber als Instrument zur totalen Herrschaft. Es sollte zugleich jede formale und materiale juristische Machtschranke beseitigen, die durch irgendwelche Rechtsregeln entstehen konnte. "Es war *U n - Recht* im umfassenden Sinne der Verneinung jeder normativen Bindung."²⁾

Die politischen Wertvorstellungen der Machthaber wirkten sich, anders als veränderte wirtschaftlich-soziale Sachverhalte in der früheren Rechtsprechung, nicht unmittelbar auf

1) Ebenso Flume, AT II, § 16, 4c.

2) Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, S.110.

die Rechtspraxis aus. Als Wegbereiter dienten die Literatur und rechtsändernde Eingriffe des Gesetzgebers.¹⁾ Die weltanschauliche Ausrichtung und Umwertung des Rechts im Sinne des nationalsozialistischen Programms führten zur Konstruktion einer Rechtsidee, mit der die materiellen Inhalte der Rechtsordnung bei äußerlich kaum verändertem Fortbestand der Gesetze ausgewechselt wurden.²⁾ Hierzu mißbrauchte die Rechtsprechung vielfach die Generalklauseln der §§ 157, 242 BGB. So bezeichnete es das Reichsarbeitsgericht³⁾ als Aufgabe der Rechtsprechung, dem Rassegedanken auf dem Boden des bestehenden Rechts Geltung zu verschaffen. Bei Verträgen ermögliche dies der Grundsatz von Treu und Glauben in den §§ 157, 242 BGB. Maßgebend hierfür sei das an der nationalsozialistischen Weltanschauung ausgerichtete Volksbewußtsein. Rüthers⁴⁾ hat nachgewiesen, daß das Reichsarbeitsgericht dabei methodisch den Inhalt von Treu und Glauben aus fernwirkenden Wertungen des neuen Gesetzgebers ermittelte, indem es davon ausging, die Volksmeinung komme vor allem im Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck. Die Zitierung der §§ 157, 242 BGB hatte aber in Wirklichkeit nur die Bedeutung, einem politisch vorbestimmten Ergebnis den Schein einer Begründung aus dem positiven Recht zu sichern.⁵⁾

Der in der nationalsozialistischen Rechtsordnung maßgebende Begriff von Treu und Glauben muß deshalb als Unrecht angesehen werden. Selbst wenn man die schwierige Frage, ob das deutsche Volk in seiner Mehrheit die damalige Rechtsordnung billigte, bejahend beantworten würde, kann man diese Rechtsordnung nicht als Recht bezeichnen. Die Minderheit konnte lediglich nicht geltend machen, daß der Maßstab von Treu und Glauben im Sinne des Unrechts praktiziert wurde.

Man kann eine frühere Rechtsordnung mit den heute gültigen

1) Rüthers, a.a.O., S.115.

2) Rüthers, a.a.O., S.117 ff.

3) ARS 38,262,272 ff.

4) a.a.O., S.226,228 f.

5) Rüthers, a.a.O., S.227.

Maßstäben der Gerechtigkeit messen und zu dem Ergebnis kommen, damals habe Unrecht geherrscht. Diese Betrachtungsweise verkennt jedoch die Problemstellung. Woher nehmen wir das Kriterium, daß das Recht, wie es heute gehandhabt wird, der Gerechtigkeit in einem allgemeingültigen Sinne entspricht? Mißt man aber eine frühere Rechtsordnung mit dem damals gültigen Maßstab der Gerechtigkeit, ist es durchaus denkbar, das als Recht zu bezeichnen, was heute Unrecht wäre. Aus dieser Gegenüberstellung fällt jedoch die nationalsozialistische Rechtsordnung wegen ihres von vornherein nicht am Gerechtigkeitspostulat, sondern an den machtpolitischen Zielen einer Minderheit orientierten Ausgangspunktes heraus. Der Inhalt von Treu und Glauben war nicht verändert. Allein seine Handhabung hatte sich zu einer auf das positive Recht gestützten Scheinbegründung geändert.

Ebenso wie bei einer inhaltlichen Änderung von Treu und Glauben taucht das Problem, welcher Zeitpunkt maßgebend ist, bei einer nur infolge der Machtverhältnisse geänderten Handhabung des Prinzips von Treu und Glauben auf. Der Ausgangspunkt mit dem Ziel, nach der heute geltenden Rechtsauffassung eine gerechte Lösung zu finden, ist jedoch in beiden Fällen gleich.

Auf dieser Grundlage sollen nunmehr die Abwandlungen des Ausgangsfalls ¹⁾ untersucht werden.

1. Hätte der Versorgungsfall des Klägers im Zeitpunkt der vertraglichen Zusage der Versorgung im Jahre 1939 bereits vorgelegen, wäre der Versorgungsanspruch nach den damals geltenden Rechtsanschauungen realisierbar gewesen. In einer nationalsozialistischen Staats-, Rechts- und Gesellschaftsordnung entsprach es dem von der Rechtsprechung angewandten Maßstab von Treu und Glauben, dem Kläger den Versorgungsanspruch zuzubilligen, auch wenn er allein auf seinen nationalsozialistischen Bindungen beruhte.

2. Das gleiche gilt, wenn der Versorgungsfall erst nach Ver-

1) Vgl. oben S.129.

tragsabschluß, aber noch zur Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft eingetreten wäre.

3. Ebenso entsprach es der von der Rechtsprechung praktizierten Auffassung von Treu und Glauben, die einzelne, noch zur Zeit des Nationalsozialismus fällig werdende Leistung an den Kläger zu zahlen.

4. Das Problem läßt sich auf den Fall zuspitzen, daß eine Versorgungsleistung noch vor dem Ende des Nationalsozialismus fällig wird, vom Kläger aber erst später unter einer veränderten Rechts- und Gesellschaftsordnung geltend gemacht wird. Die nunmehr herrschende Auffassung von Treu und Glauben verbietet es, dem Kläger Vorteile zu gewähren, die er seiner nationalsozialistischen Verbindung verdankt, gleichgültig, ob er früher entstandene und auch fällig gewordene Leistungen oder erst auf die jetzige Zeit entfallende Leistungen beansprucht. Es widerspricht heutigen sozialetischen Auffassungen von Recht und Gerechtigkeit, den Schuldner noch zu Leistungen zu verurteilen, die der Gläubiger einer nicht mehr existenten und nach jetziger Auffassung sittlich zu mißbilligenden Rechtsordnung verdankt. Auch eine Abwägung der Interessen beider Parteien unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben führt dazu, daß das Interesse des Klägers zurücktreten muß hinter dem Interesse der Beklagten, von Verpflichtungen entbunden zu sein, die sie in einer Zeit politischer und wirtschaftlicher Unfreiheit eingegangen ist. Die Beklagte kann sich deshalb jetzt auch auf Umstände berufen, die ihr - in Person ihres damaligen Vorstandes - selbst genehm waren und die sie durch ihr eigenes Verhalten billigte.

Diese Abwandlung des Falles zeigt, daß nur der Zeitpunkt für die Beurteilung eines Rechtsverhältnisses nach Treu und Glauben maßgebend ist, in dem der Berechtigte das einzelne Recht geltend macht. Der Zeitpunkt der Abgabe einer Willenserklärung, des Zugangs, des Vertragsschlusses oder der endgültigen Wirksamkeit bei bedingten oder genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäften oder auch der Fälligkeit eines Rechts ist gleich-

gültig, wenn im Zeitpunkt der Geltendmachung der Maßstab von Treu und Glauben sich inhaltlich geändert hat. Die Frage nach dem Inhalt von Treu und Glauben in einem früheren Zeitpunkt stellt sich in der Praxis gar nicht, da der Berechtigte ein Recht nur mit dem Inhalt geltend machen und durchsetzen kann, wie es ihm im Zeitpunkt der Geltendmachung zusteht. Schutzwürdig ist ein Recht deshalb nur mit dem Inhalt, der ihm im Zeitpunkt der Geltendmachung zukommt.

B. Es ist notwendig, den Zeitpunkt der Geltendmachung zu präzisieren. Der Kläger macht seinen Versorgungsanspruch geltend, wenn er die Beklagte nach Fälligkeit außergerichtlich annält zu zahlen. Er macht den Anspruch mit der Klageerhebung, in der mündlichen Tatsachenverhandlung und in einer eventuellen Revision geltend, ebenso in einer abschließenden Zwangsvollstreckung.

1. Bei einer außergerichtlichen Geltendmachung ist der Zeitpunkt entscheidend, in dem der Schuldner leistet. Denn der Schuldner ist nur verpflichtet, eine Leistung zu bewirken, die Treu und Glauben entspricht.

2. Eine gerichtliche Geltendmachung eröffnet theoretisch die Möglichkeit, zwischen Rechtshängigkeit, letzter mündlicher Verhandlung in der Tatsachen- oder Revisionsinstanz und der Zwangsvollstreckung zu unterscheiden. Da der Kläger ein Recht nur mit dem Inhalt geltend machen und durchsetzen kann, wie es ihm die Rechtsordnung nach Treu und Glauben zubilligt, kann auch hier nur der letztmögliche Beurteilungszeitpunkt maßgebend sein. Die zivilprozessuale Zweiteilung in Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren erfordert jedoch eine Differenzierung.

C. Das Erkenntnisverfahren schließt mit dem Urteil ab. Der Titel muß das dem Kläger zustehende Recht eindeutig ergeben. Der normale Verlauf eines Prozesses läßt sich vor der ersten

Instanz in Klageerhebung, mündliche Verhandlung, Beweisaufnahme und Urteilsfällung einteilen. Bei Einlegung eines Rechtsmittels schließt sich der Instanzenzug an. Ändert sich der Maßstab von Treu und Glauben während der Dauer eines Prozesses, taucht die Frage auf, welcher Abschnitt des Verfahrens für den Inhalt von Treu und Glauben maßgebend ist.

In einer konstanten Rechts- und Gesellschaftsordnung wird diese Frage kaum praktisch. Sobald jedoch ein plötzlicher Umsturz der Rechtsordnung eintritt, gewinnt der genau bestimmte Zeitpunkt, der für den Inhalt von Treu und Glauben maßgebend ist, Bedeutung.

1. Bei dieser Untersuchung wird der Ausgangsfall ¹⁾ zunächst dahin abgewandelt, daß der Kläger während der Zeit der nationalsozialistischen Herrschaft einen Versorgungsanspruch einklagt, die letzte mündliche Verhandlung in der Tatsacheninstanz aber erst nach deren Ende stattfindet.

Grundlage der Entscheidung ist der gesamte Prozeßstoff, der beim Schluß der mündlichen Verhandlung vorliegt. Maßgebend ist für alle Tatsachen der Schluß der mündlichen Verhandlung, nicht der Zeitpunkt der Klageerhebung.²⁾ Gleichgültig, ob man Treu und Glauben in den tatsächlichen oder in den rechtlichen Bereich einordnet, ist der Versorgungsanspruch dem Kläger abzuerkennen, da Treu und Glauben es im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung verbieten, nationalsozialistisch bedingte Vermögensvorteile weiterzugewähren.

2. Ändern sich Treu und Glauben inhaltlich erst zwischen letzter mündlicher Verhandlung in der Tatsacheninstanz und der Urteilsfällung, kommt es entscheidend darauf an, ob Treu und Glauben dem tatsächlichen oder dem rechtlichen Bereich angehören. Denn auf den Prozeßstoff, der bei der Entscheidung

1) Vgl. oben S.129.

2) § 278 ZPO; vgl. Stein-Jonas, § 300 III 1 m.N.

zu berücksichtigen ist, hat das Gericht dasjenige Recht anzuwenden, das im Zeitpunkt der Entscheidung gilt.¹⁾

Da die gleiche Problematik bei einer Inhaltsänderung von Treu und Glauben besteht, die erst im Verfahren vor dem Revisionsgericht eintritt, gelten die folgenden Ausführungen auch für diese Variation des Falles.

Der Tatsachenstoff ist in der Revisionsinstanz durch § 561 ZPO beschränkt, da das Revisionsgericht an die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts gebunden ist und selbst keine Feststellungen treffen darf. Nach § 549 ZPO kann die Revision nur auf eine Rechtsverletzung gestützt werden. Dies führt zu dem Problem, inwieweit die Auslegung von Rechtsgeschäften in der Revisionsinstanz nachprüfbar ist.

Die ZPO geht von einer logisch-begrifflichen Trennung zwischen Sachverhaltsfeststellung und rechtlicher Würdigung aus. Moderne Richtungen machen dagegen geltend, dieses Prinzip sei undurchführbar.²⁾ So läßt sich bei Treu und Glauben logisch-begrifflich zwischen den sozialetischen Verhaltensnormen als einer in den Prozeß einzuführenden Tatsache und der Subsumtion des Sachverhalts unter den mit diesen sozialetischen Verhaltensnormen ausgefüllten Begriff Treu und Glauben unterscheiden. Gleichwohl betonen die Revisionsgerichte³⁾, daß die Anwendung des Begriffs Treu und Glauben zu den voll revisiblen Rechtsfragen gehöre. Auf den konkreten Fall angewendet bedeutet dies: Wenn wegen des Versorgungsanspruchs des Klägers noch zur Zeit des Nationalsozialismus ein Rechtsstreit anhängig gewesen wäre und erst nach Kriegsende in der Revisionsinstanz fortgeführt würde, so könnte das Revisionsgericht

1) Stein-Jonas, § 300 III 2.

2) Schwinge, Grundlagen des Revisionsrechts, 2. Aufl., S. 53. Eine umfassende Untersuchung dieser Problematik liegt von Horst-Eberhard Henke vor: "Die Tatfrage - der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität", 1966.

3) RG JW 1905, 370 Nr. 9; JW 1906, 457 Nr. 6; RGZ 145, 26(32); BGHZ 33, 216(219).

selbständig nach dem geänderten Maßstab von Treu und Glauben entscheiden, ob dem Kläger ein Anspruch zusteht. Tatsächliche Feststellungen des Berufungsgerichts werden in dieser Hinsicht ohnehin fehlen. Den Gegensatz zu "Gesetz" bilden die festgestellten Tatsachen.¹⁾ Alles, was in dem angefochtenen Urteil nicht Tatsachenfeststellung ist, sondern ein ihrer Beurteilung dienender Obersatz, ist "Gesetz" im Sinne von § 549 Abs.1 ZPO.²⁾ Sozialethische Verhaltensnormen, die den Begriff Treu und Glauben ausfüllen, sind juristisch unfertige Maximen, die schon wegen ihrer Unbestimmtheit keinen juristischen Obersatz bilden können.³⁾ Sie gehören als "geistige Realitäten" ⁴⁾ logisch zwar in den Bereich der Tatsachenfeststellung. Aber der rechtliche Charakter der Bewertung folgt daraus, daß das Gesetz mit wertausfüllungsbedürftigen Begriffen nicht nur auf außerrechtliche Maximen verweist, sondern dem Richter damit zugleich eine kritische Würdigung des gesellschaftlichen Seins auferlegt.⁵⁾ Ethische Maximen besagen in erster Linie, was sein soll. Sie können zwar mit dem, was tatsächlich ist, identisch sein. Werden aber das tatsächliche Sein und das ethische Sollen in der Rechtsanwendung nutzbar gemacht, steht das Wertungsmoment derart im Vordergrund, daß auch das Revisionsgericht eine inhaltliche Änderung von Treu und Glauben berücksichtigen kann und muß. Das gleiche gilt für die Tatsacheninstanz bei einer Änderung von Treu und Glauben zwischen letzter mündlicher Verhandlung und Urteilsfällung.

3. Da sich der Erlaß eines Urteils in mehreren Stadien vollzieht, ist schließlich noch die Zeitspanne zwischen Urteilsfällung und Erlaß zu untersuchen.

1) § 561 Abs.2 ZPO.

2) Rosenberg, § 140 III 1a.

3) Henke, S.160 f.

4) Engisch, Logische Studien, S.43-48; W.A.Scheuerle, Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage, AcP 157,1(69).

5) Henke, S.161

Ein Kollegialgericht fällt das Urteil nach der Beratung durch Abstimmung¹⁾, der einzelne Amtsrichter durch seinen Entschluß. Dieser Vorgang ist intern und ohne Bedeutung für die Außenwelt. Das Ergebnis ist ein Urteilsentwurf, den das Gericht immer noch abändern, beseitigen und durch einen neuen Entwurf ersetzen kann.²⁾ Außenwirkung entfaltet ein Urteil erst durch seinen Erlaß. Ein Urteil, das zu verkünden ist, wird durch die Verkündigung erlassen³⁾, eine schriftliche Entscheidung nach § 128 Abs.2 ZPO durch Zustellung des Tenors.⁴⁾

Ein Urteil muß in dem Zeitpunkt, in dem es Außenwirkung entfaltet, im Einklang mit der Rechtsordnung stehen. Zur Rechtsordnung gehören durch die Verweisung in den §§ 157 und 242 BGB auch die den Maßstab von Treu und Glauben ausfüllenden sozial-ethischen Werte. Daraus folgt, daß Treu und Glauben mit dem Inhalt maßgebend sind, der zur Zeit des Urteilserlasses besteht.

Das Ergebnis läßt sich auch mit den Grundsätzen rechtfertigen, die zur Frage der Revisibilität von Rechtsnormen entwickelt worden sind. Nach heute h.M.⁵⁾ sind der Revisionsentscheidung die Rechtsnormen zugrunde zu legen, die zur Zeit ihres Erlasses gelten. Denn bei der Revision kommt es nicht entscheidend darauf an, einen Gesetzesverstoß des Instanzgerichts zu beseitigen, sondern darauf, ein zur Zeit der Revisionsentscheidung unrichtiges Urteil aufzuheben und mit der geltenden Rechtsordnung in Einklang zu bringen. Hatte der Kläger ein

1) §§ 192 ff. GVG.

2) Lent-Jauernig, § 58 I 1.

3) §§ 310, 311 ZPO.

4) Statt der Verkündung ist auch die Zustellung des Tenors ausreichend oder statt der Zustellung des Tenors die Verkündigung, wenn der Verkündungstermin verlaublich ist. Vgl. Stein-Jonas, § 310 b II, § 310 c I a.

5) Wieczorek, § 550 Anm. D I mit umfangreichen Nachweisen auch zur entgegenstehenden früheren Rechtsprechung; Lent-Jauernig, § 74 IV B 1; RGZ 102, 161 (166); BGHZ 9, 101 ff.; 26, 239 ff.; 36, 348 (350); Rosenberg, § 140 III 4.

Berufungsurteil erlangt, das der nationalsozialistischen Rechtsauffassung entsprach und erst mit dem Ende dieser Rechtsordnung zwischen bestätigender Urteilsfällung und Erlass in der Revisionsinstanz als unrichtig erkannt wird, so darf die Entscheidung nicht verkündet werden, wenn sie im Zeitpunkt der Verkündung nunmehr geltenden Anforderungen von Treu und Glauben widerspricht. Denn die Verletzung des außerrechtlichen Maßstabs von Treu und Glauben bedeutet zugleich eine Verletzung von Rechtsnormen in Gestalt der §§ 157 und 242 BGB.

Das Prinzip von Treu und Glauben ist somit bei der Geltendmachung rechtlicher Ansprüche im Erkenntnisverfahren für den einzelnen Anspruch mit dem Inhalt maßgebend, der ihm im Zeitpunkt des Urteilserlasses der jeweiligen Instanz zukommt.

D. Die Zwangsvollstreckung findet gemäß § 705 Abs.1 ZPO aus Endurteilen statt, die rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind. Wenn sich während der Dauer eines Zwangsvollstreckungsverfahrens das Prinzip von Treu und Glauben inhaltlich ändert oder wie nach dem Ende des Nationalsozialismus wieder unverfälscht angewandt werden kann, sind wegen der Auswirkungen auf den entschiedenen Anspruch folgende Fälle zu unterscheiden, die wiederum auf dem Ausgangsfall ¹⁾ aufbauen.

1. Der Kläger betreibt nach Kriegsende wegen eines Versorgungsanspruchs, den er seiner Parteizugehörigkeit verdankt, die Zwangsvollstreckung aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil, das noch zur Zeit nationalsozialistischer Herrschaft ergangen ist und ihm den gegen Treu und Glauben verstoßenden Anspruch zuerkennt.

a) Die Beklagte muß das zulässige Rechtsmittel einlegen. Das Rechtsmittelgericht kann der veränderten Rechtsauffassung Rechnung tragen und die Klage abweisen.

b) Das gleiche gilt, wenn die Beklagte bereits vor dem Ende der nationalsozialistischen Herrschaft ein Rechtsmittel eingelegt hat, über das noch nicht entschieden ist.

1) Vgl. oben S.129.

2. Betreibt der Kläger nach Kriegsende die Zwangsvollstreckung aus einem rechtskräftigen Urteil, das ihm auf Grund der früheren nationalsozialistischen Rechtsauffassung den Versorgungsanspruch zuerkennt, stellt sich die Frage, ob die Beklagte die Zwangsvollstreckung verhindern kann, da der rechtskräftige Titel einen gegen Treu und Glauben verstoßenden Anspruch zuerkennt. Die Lösung ergibt sich daraus, wie die Grenzen der Rechtskraft zu ziehen sind.

Die Rechtskraft ist objektiv dem Gegenstand nach, subjektiv nach dem Kreis der von ihr betroffenen Personen und zeitlich in bezug auf den Zeitpunkt begrenzt, für den die Feststellung gilt.¹⁾

Die objektiven Grenzen der Rechtskraft bestimmt § 322 Abs.1 ZPO. Nach dieser Vorschrift sind Urteile nur insoweit der Rechtskraft fähig, als über den Klageanspruch entschieden ist. Die zeitlichen Grenzen der Rechtskraft ergeben sich daraus, daß eine Rechtslage nur für einen bestimmten Zeitpunkt festgestellt werden kann. Rechtsfolgen sind nicht für alle Zukunft festzustellen.

Da das Urteil sachlich auf dem Tatsachenvortrag der Parteien beruht, ergibt sich aus dem Zusammenwirken objektiver und zeitlicher Begrenzung der Rechtskraft, daß der entscheidende Zeitpunkt der Schluß der letzten Tatsachenverhandlung ist.²⁾

a) Betrifft das rechtskräftige Urteil eine einzelne, bereits zur Zeit des Nationalsozialismus fällig gewordene Versorgungsleistung, die erst nach Kriegsende beigegeben wird, so ist die Rechtskraft objektiv und zeitlich fest begrenzt. Eine Änderung im Bestand des Versorgungsanspruchs auf Grund späterer t a t s ä c h l i c h e r Veränderungen könnte deshalb in

1) Lent-Jauernig, § 63 I.

Es ist hier nicht der Raum, näher auf die weiterhin umstrittene Lehre vom Streitgegenstand einzugehen. Eine Zusammenstellung der neuesten Literatur findet sich bei Lent-Jauernig, § 37.

2) Lent-Jauernig, § 63 V.

einer neuen Entscheidung berücksichtigt werden.¹⁾ Hier aber handelt es sich primär um eine Veränderung in der rechtlichen Auffassung, mit welchem Inhalt das Prinzip von Treu und Glauben anzuwenden ist, auch wenn diese Veränderung letztlich auf einem Umsturz der tatsächlichen Verhältnisse beruht. Ein Wandel der Rechtsprechung auf Grund einer geänderten Rechtsauffassung wie auch eine Änderung der Gesetzgebung berühren eine rechtskräftige Entscheidung regelmäßig nicht.²⁾

Zweck der formellen und der materiellen Rechtskraft ist es, einen Rechtsstreit endgültig zu beenden und den inhaltlichen Bestand einer Entscheidung zu schützen. Aus Gründen der Rechtssicherheit müssen deshalb Urteile ertragen werden, die auf überwundenen rechtlichen Auffassungen beruhen. Die materielle Gerechtigkeit im Einzelfall muß grundsätzlich dahinter zurücktreten. Es soll verhindert werden, daß bei jeder Änderung der Rechtsprechung rechtskräftig entschiedene Streitigkeiten wieder vor die Gerichte gebracht werden.

Die Rechtssicherheit kann aber nur so weit reichen, wie es die Sicherheit des R e c h t s erfordert. Eine rechtskräftige Entscheidung ist nur dann zu ertragen, wenn sie wenigstens im Zeitpunkt ihres Erlasses dem Recht entsprach und nicht dem Unrecht Vorschub leistete. Entsprach eine Entscheidung nach früherer Rechtsauffassung Treu und Glauben, ist sie in rechtlich einwandfreier Weise ergangen. Eine inhaltliche Änderung von Treu und Glauben kann deshalb wegen der Rechtskraft grundsätzlich nicht zu einer geänderten Entscheidung führen. Anders ist es dagegen, wenn eine Rechtsordnung wie unter dem Nationalsozialismus Treu und Glauben mit einem Inhalt praktizierte, der in Wirklichkeit auch zur damaligen Zeit Unrecht darstellte. Solche Entscheidungen unter Berufung auf die Rechtskraft aufrecht-

1) Vgl. BGH LM ZPO § 322 Nr.4; BGHZ 33,376(377); Stein-Jonas, § 322 Anm. VIII 4; Rosenberg, § 150 III 2; Lent-Jauernig, § 63 V.

2) RGZ 125,159(162); 147,385(390); Wieczorek, § 322 Anm.E IV b 3; Stein-Jonas, § 322 Anm. VIII 1; Lent-Jauernig, § 63 V.

zuerhalten, dient nicht der Rechtssicherheit. Denn es handelt sich nicht um Recht, sondern um Unrecht.

Die Grundlage für eine Durchbrechung der Rechtskraft bildet in diesen Fällen der in fester Rechtsprechung ¹⁾ anerkannte, aber nicht unumstrittene ²⁾ Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB.

b) Anders ist die Rechtslage dagegen, wenn ein Kläger ein rechtskräftiges Urteil erlangt hat, das eine Verurteilung zu Versorgungsleistungen auf Lebenszeit enthält und im Zeitpunkt seines Erlasses den Anforderungen von Treu und Glauben entsprach, nach einer heute geänderten Rechtsauffassung aber unrichtig wäre. Die Fälle nationalsozialistisch bedingter Urteile fallen bereits auf Grund der vorangegangenen Ausführungen nicht hierunter, weil bei ihnen die Rechtskraft wirkungslos ist, gleichgültig, ob es sich um die Verurteilung zu einer einzelnen Leistung oder zu einer Dauerleistung handelt.

Es ist anerkannt, daß gegenüber rechtskräftigen Urteilen eine Berufung auf § 242 BGB grundsätzlich ausgeschlossen ist.³⁾ Hier tritt nun die Besonderheit hinzu, daß in dem materiell nach heutiger Auffassung unrichtigen Urteil über ein Dauerschuldverhältnis entschieden ist. Für den Fall einer Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen läßt § 323 ZPO eine Abänderungsklage zu, wenn eine wesentliche Änderung derjenigen Verhältnisse eingetreten ist, die für die Verurteilung zur Entrichtung der Leistungen, für die Bestimmung ihrer Höhe oder Dauer maßgebend waren. Die Klage kann aber nur auf eine wesentliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse gestützt werden.⁴⁾ Primär liegt jedoch auch hier nur eine Änderung der Rechtsauffassung vor, so daß § 323 ZPO nicht direkt anwendbar ist.

1) RGZ 61,365; 78,393; 168,12; BGHZ 13,72; 26,396.

2) Ablehnend Lent-Jauernig, § 64 II; Rosenberg, § 157 I 4; Wieczorek, § 322 Anm. C III b 2 m.N.

3) Vgl. Soergel-Siebert (9.Aufl.), § 242 Anm.11 und 35; anders BGHZ 5,189 mit Recht für den besonderen Fall.

4) Lent-Jauernig, § 63 VI.

In der Rechtsprechung und Rechtslehre ¹⁾ ist einerseits anerkannt, daß eine Änderung der Gesetzesgrundlage, also des rechtlichen Gegenstandes zu den tatsächlichen Verhältnissen, in bezug auf Art, Höhe und Dauer eines Anspruchs den Weg einer Abänderungsklage eröffnet. Andererseits wird bei einem Wandel in der tatsächlichen Beurteilung der Verhältnisse, die schon zur Zeit des früheren Urteils bestanden haben ²⁾, oder einem Wandel der Rechtsauffassung die Zulässigkeit der Abänderungsklage grundsätzlich verneint. ³⁾ Eine Ausnahme soll nach Wieczorek ⁴⁾ jedoch dann gelten, wenn nach einer grundlegenden Änderung der Rechtsauffassung heute anders zu entscheiden wäre.

Diese Auffassung läßt sich durch eine analoge Anwendung des § 323 ZPO begründen. Grundsätzlich berechtigt eine Gesetzesänderung nicht, die Rechtskraft eines Urteils zu durchbrechen. ⁵⁾ Bei einer Abänderungsklage nach § 323 ZPO macht die Rechtsprechung eine Ausnahme, indem sie eine Gesetzesänderung unter das Tatbestandsmerkmal "wesentliche Änderung der Verhältnisse" subsumiert. Zu den Verhältnissen, die der Richter bei der Entscheidung in Betracht zu ziehen habe, gehöre vor allem auch das den Anspruch gestaltende Gesetz. ⁶⁾

Jede Gesetzesnorm gilt nur mit dem Inhalt, der ihr nach der geltenden Rechtsauffassung zukommt. Wenn sich daher die Rechtsauffassung in bezug auf die Auslegung einer Gesetzesnorm grundlegend ändert, so kommt dies materiell einer Gesetzesänderung gleich. Da die Zivilprozeßordnung streng zwischen rechtlichen und tatsächlichen Gründen unterscheidet, läßt sich die Änderung der Rechtsauffassung allerdings nicht direkt unter § 323 ZPO

1) RG JW 1906, 748 Nr. 40; RGZ 46, 65; RG WarnRspr 1921, 149; Stein-Jonas, § 323 Anm. II 3 a; Wieczorek, § 323 Anm. B II b 6; Rosenberg, § 153 II 2.

2) Stein-Jonas, § 323 Anm. II 3 a; RGZ 126, 239; 129, 320.

3) Wieczorek, § 323 Anm. B II b 7.

4) Wieczorek, § 323 Anm. B II b 7 ohne Begründung.

5) Vgl. oben S. 141 Anm. 2).

6) RGZ 166, 303 (304).

subsumieren. Normzweck und Interessenlage sind jedoch gleich. Es übersteigt das zu ertragende Maß, an der Rechtskraft auch dann noch festzuhalten, wenn ein Schuldner auf Jahre hinaus auf Grund einer zu mißbilligenden Rechtsauffassung zu Leistungen verurteilt ist, die er nach materiellem Recht nicht zu erbringen braucht.

Dies gilt auch für den umgekehrten Fall, in dem eine wiederkehrende Leistung durch rechtskräftiges Urteil abgesprochen war, nach einem grundlegenden Wandel der Rechtsauffassung aber zu gewähren wäre.¹⁾

E. Zusammenfassend ist festzustellen, daß eine Änderung von Treu und Glauben im Fall der Zwangsvollstreckung aus vorläufig vollstreckbaren Titeln durch das zulässige Rechtsmittel, bei rechtskräftigen Titeln aber grundsätzlich nur noch im Fall wiederkehrender Leistungen durch eine auf analoge Anwendung des § 323 ZPO gestützte Abänderungsklage zu berücksichtigen ist.

Ausgenommen sind rechtskräftige Urteile, die einer nationalsozialistisch bedingten Rechtsauffassung entspringen. Ihre Rechtskraft ist mit dem von der Rechtsprechung anerkannten Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB zu durchbrechen.

V. Das Verhältnis von § 157 und § 242 BGB

Die Beurteilung eines Rechtsgeschäfts nach Treu und Glauben läßt sich auf § 157 und § 242 BGB stützen. Da beide Vorschriften zum Teil wörtlich übereinstimmen, fragt es sich, welche Norm anwendbar ist, um eine inhaltliche Änderung von Treu und Glauben berücksichtigen zu können. Handelt es sich dabei um Auslegung des Inhalts oder um richterliche Gestaltung des Rechtsgeschäfts von außen?

1) a.A.: BGH vom 28.6.54 III ZR 72/54, wo einer Lehrerin auf Grund eines rechtskräftigen Urteils eine Pension in bestimmter Höhe unter dem Einfluß nationalsozialistischer Auffassung abgesprochen worden war, zit. nach Wieczorek, § 323 Anm. B II b 7.

1. Die h.M.¹⁾ grenzt zwischen § 157 und § 242 BGB folgendermaßen ab:

§ 157 bilde zusammen mit § 133 BGB die Grundlage für die Auslegung von Rechtsgeschäften. Da die Auslegung ermittle, was in einem Rechtsgeschäft vereinbart sei oder nach einer ergänzenden Auslegung als vereinbart zu gelten habe, diene § 157 wie § 133 der Ermittlung des Parteiwillens, wenn auch unter einem objektiven Gesichtspunkt. Der Wertmaßstab Treu und Glauben wirke sich durch § 157 nur mittelbar aus, da er über den Weg des Parteiwillens gehe, also davon abhängig sei, daß die von Treu und Glauben gestellten Anforderungen als Inhalt des Parteiwillens feststellbar seien.²⁾ § 157 BGB bestimme, mit welchem Inhalt ein Rechtsgeschäft begründet worden sei.

§ 242 BGB schreibe dagegen vor, in welcher Weise ein einmal begründetes Schuldverhältnis zu erfüllen sei. Der nach den §§ 133, 157 BGB festgestellte Inhalt des Rechtsgeschäfts sei an dem objektiven Maßstab von Treu und Glauben zu messen. Dies ergebe die Rechte und Pflichten der Beteiligten ohne Rücksicht auf den Parteiwillen.³⁾ Grundsätzlich müsse die Auslegung eines Rechtsgeschäfts nach den §§ 133, 157 BGB der Prüfung nach § 242 BGB vorausgehen. Es bestehe ein logisches Verhältnis zwischen dem Anwendungsbereich dieser Vorschriften, das auch die Reihenfolge der Prüfung bestimme.⁴⁾ Denn die Frage nach dem rechtlichen Sollen im Sinne des § 242 BGB stelle sich erst, wenn aus dem rechtlichen Wollen der Parteien⁵⁾, das durch Auslegung ihrer Erklärungen zu ermitteln

1) Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 4; Soergel-Hefermehl, § 133 Anm. 2 u. 3; Erman-Hefermehl, § 157 Anm. 1a u. b; RGRK-Krüger-Nieland, § 157 Anm. 2; RGRK-Nastelski, § 242 Anm. 6; Palandt-Danckelmann, § 157 Anm. 4, § 242 Anm. 1a; Soergel-Siebert (9. Aufl.), § 157 Anm. 70.

2) Soergel-Siebert (9. Aufl.), § 157, a. a. O.

3) RGRK-Nastelski, a. a. O.

4) Erman-Hefermehl, § 157 Anm. 1a; Palandt-Danckelmann, § 242 Anm. 1a; Erman, § 242 Anm. 4a.

5) Oertmann, Verkehrssitte, S. 314.

sei, ausreichende Anhaltspunkte für eine Entscheidung des Streitfalles nicht zu gewinnen seien.¹⁾

Innerhalb dieser h.M. gehen die Auffassungen auseinander, welchen Umfang die Funktion des § 242 BGB hinsichtlich der Schuldnerleistung einnimmt.

Ein Teil der Autoren²⁾ beschränkt die Funktion des § 242 BGB auf das "Wie" der Leistung, die Art der Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit.

Ein anderer Teil³⁾ dehnt § 242 BGB auch auf das "Ob" und "Was" der Leistung aus. Die Vorschrift könne von unzumutbar gewordenen Leistungen dispensieren, wenn die Rechtsprechung eine entsprechende Regel kasuistisch ausgebildet oder eine Lehre der Wissenschaft übernommen habe, die eine tatbestandsmäßige Anwendung des § 242 BGB erlaube.⁴⁾ Dies verdeutlicht das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, das die Leistungspflichtigen nicht nur an die vereinbarten tatsächlichen Umstände anpassen kann ("Wie" der Leistung), sondern sie auch vollständig aufheben kann ("Ob" der Leistung).

2. Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, daß § 242 neben § 157 BGB überflüssig sei⁵⁾ oder umgekehrt, daß § 242 BGB den neben ihm überflüssigen § 157 umfasse.⁶⁾

1) BGHZ 16,4(8); 9,273; Soegerle-Siebert (9.Aufl.), § 157 Anm.70; RGRK-Nastelski, § 242 Anm.6.

2) Planck-Siber, § 242 Anm.1; Siber, Schuldrecht, S.66; Oertmann, § 242 Anm. 1b; Schneider, Treu und Glauben, S.127; Schollmeyer, § 242 Anm.44; Henle, Schuldrecht, S.2 f.; Warneyer, § 242 Anm.I.

3) Nipperdey, Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung, S.21; Esser, Schuldrecht (2.Aufl.), § 31, 1 und JZ 1956, 557; Soergel-Siebert (9.Aufl.), § 242 Anm.38; vgl. auch RGZ 74,151(154). Schon in der 2.Kommission bestanden zu dieser Frage Meinungsverschiedenheiten (Protokolle bei Mugdan II,521 f.).

4) Esser, Schuldrecht, a.a.O.

5) Titze, Mißverständnis, S.492.

6) E.Fuchs, LZ 1921, Sp.481(484).

3. Es ist nicht zu verkennen, daß eine klare dogmatische Trennung zwischen dem Anwendungsbereich des § 157 und des § 242 BGB Schwierigkeiten bereitet. Die Rechtslehre ¹⁾ gibt dies zu und hält zum Teil sogar eine Trennung in der praktischen Rechtsanwendung für entbehrlich.²⁾

Die Rechtsprechung ³⁾ zitiert die §§ 157 und 242 BGB miteinander nebeneinander, wenn es sich um Auslegungsfragen handelt, in einem Fall spricht der BGH ⁴⁾ von einer Auslegung der Parteivereinbarung nach § 242 BGB.

Diese Schwierigkeit wird ganz deutlich im Fall einer sekundären Vertragslücke, die nicht schon bei Abschluß des Vertrags bestand, sondern erst später dadurch eingetreten ist, daß sich die maßgeblichen Umstände geändert haben. Eine ergänzende Auslegung hat hier nicht nur danach zu fragen, was als vereinbart gilt, sondern muß auch ermitteln, wie der Schuldner eine früher entstandene vertragliche Verpflichtung nach Treu und Glauben bei Änderung der Umstände des Vertrags zu erbringen hat, letztlich, ob er überhaupt noch verpflichtet ist zu leisten. Die Frage nach dem "Wie" und dem "Ob" der Leistung gehen ineinander über.⁵⁾

Ebenso verhält es sich mit der inhaltlichen Änderung des Maßstabs von Treu und Glauben.

Der in den §§ 157 und 242 BGB aufgestellte Wertmaßstab Treu und Glauben bestimmt den Inhalt des Vertrags.⁶⁾ Er beeinflusst

1) Soergel-Hefermehl, § 133 Anm.3; Palandt-Danckelmann, § 157 Anm.4, § 242 Anm.1a; Erman-Hefermehl, § 157 Anm.1b; Lange, AT § 43 III 1 u.2; Erman, § 242 Anm.4a.

2) Soergel-Hefermehl, a.a.O.; Palandt-Danckelmann, a.a.O.

3) BGHZ 10,1(2); 13,346.

4) BGHZ 12,357(375); ähnlich RGZ 80,27(28).

5) Vgl. BGH NJW 1957,1833; NJW 1963,1539.

6) Erman-Hefermehl, § 157 Anm.1b.

nicht nur Grund und Umfang der Leistung, sondern auch deren Art, Zeit und Ort. Schließlich setzt er jeder Verpflichtung die rechtlichen Grenzen, indem er eine gegen Treu und Glauben verstoßende Rechtsausübung des Berechtigten unzulässig macht. Bei der Entscheidung, wie eine Leistung zu erbringen ist, kann der ursprüngliche Inhalt des schuld begründenden Vorgangs nicht außer acht bleiben.¹⁾ Insoweit greift also auch die h.M.²⁾ auf § 157 zurück, wenn sie § 242 BGB auf ein bestehendes Schuldverhältnis anwendet. In Wirklichkeit besteht jedoch gar kein Unterschied zwischen § 157 und § 242 BGB, denn materiell bestimmen beide Vorschriften in gleicher Weise den Inhalt eines Schuldverhältnisses nach Treu und Glauben. Die auf Oertmann³⁾ zurückgehende Formulierung der h.M.⁴⁾, § 157 BGB habe Bedeutung für den Inhalt des Wollens der Parteien, § 242 für den des rechtlichen Sollens, ist ungenau. Oertmann gebraucht die Formel im Zusammenhang mit der Verkehrssitte, die als ein tatsächliches Moment die einzelnen Erklärungen und damit den Parteiwillen im Sinne des Typischen erläutert und ergänzt. Treu und Glauben als sozialetischer Maßstab bestimmen dagegen in beiden Vorschriften gleichermaßen ein rechtliches Sollen der Parteien.

Der erste Entwurf zum BGB enthielt als § 359 folgende Vorschrift: "Der Vertrag verpflichtet den Vertragsschließenden zu demjenigen, was sich aus den Bestimmungen und der Natur des Vertrages nach Gesetz und Verkehrssitte sowie mit Rücksicht auf Treu und Glauben als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergibt." Darin sollte zum Ausdruck kommen, daß der Geschäftsverkehr von der Rücksicht auf Treu und Glauben beherrscht werde und dieses Prinzip als Richtschnur dienen müsse, wo der Inhalt eines Vertrags und die einzelnen für die Parteien sich

1) Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 5.

2) Vgl. oben S. 145 Anm. 4.

3) Verkehrssitte, S. 314.

4) Vgl. oben S. 145 Anm. 1.

ergebenden Verpflichtungen zu ermitteln seien.¹⁾

Die 2. Kommission ersetzte diese Vorschrift durch die heutigen §§ 157 und 242 BGB. Die Mehrheit war der Meinung, daß § 242 nur auf die Art der Erfüllung zu beziehen sei, wenn man den Worten keinen Zwang antun wolle. Es sei auch sachlich zu billigen, die für alle Schuldverhältnisse bestimmte Vorschrift auf die Art der Erfüllung zu beschränken; denn nur insoweit passe die Bezugnahme auf Treu und Glauben und auf die Verkehrssitte allgemein, während sie hinsichtlich der Frage, ob eine und welche Verpflichtung entstanden sei, nur bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen zutreffe. Die Maßgeblichkeit von Treu und Glauben für die Feststellung des Vertragsinhalts treffe aber ebenso wie für obligatorische Verträge für alle anderen Verträge zu, so daß insoweit eine Verallgemeinerung durch § 157 und seine Stellung im Allgemeinen Teil unbedenklich sei.²⁾

Nachdem sich Treu und Glauben als ein die gesamte Rechtsordnung und damit sämtliche Rechtsverhältnisse beherrschender Grundsatz durchgesetzt hat, ist die dogmatische Trennung zwischen § 157 und § 242 BGB ohne praktische Bedeutung. So wird § 242 nicht mehr auf obligatorische Verträge beschränkt.³⁾

Auch für die Frage, auf welche Vorschrift eine inhaltliche Änderung von Treu und Glauben bei der Beurteilung von Rechtsgeschäften zu stützen ist, kommt es deshalb nicht auf eine dogmatische Unterscheidung an. Selbst ein Unterschied im Wertungszeitpunkt ist zwischen § 157 und § 242 BGB nicht anzuerkennen.⁴⁾ § 157 wertet nicht nur vom Zeitpunkt des Vertragschlusses aus, und § 242 stellt nicht allein auf den Zeitpunkt der Leistung ab. Wertet man vom Zeitpunkt des Vertragschlusses aus, muß man das spätere Ereignis in die Wertung

1) Motive II, 198.

2) Protokolle II, 1251 f.; Mugdan II, 521 f.

3) Vgl. Soergel-Siebert (9. Aufl.), § 242 Anm. 38 ff.

4) Anders BGHZ 23, 282; Lange, AT § 43 III 2 c.

einbeziehen. Eine Wertung vom Zeitpunkt der Leistung aus hat die bei Vertragsschluß bestehende Interessenlage zu berücksichtigen.

Auch die von Lange ¹⁾ vorgeschlagene Lösung, zwischen § 157 und § 242 BGB nicht begrifflich, sondern aus den Gegensatztypen heraus abzugrenzen, ist im Falle einer inhaltlichen Änderung von Treu und Glauben nicht brauchbar. Lange nimmt an, die gestaltende Auslegung des § 157 gehe ihrem Wesen nach von dem bestehenden Vertrag aus, die Vertragsgestaltung nach § 242 trete dagegen von außen an den Vertrag heran. Diese Auffassung findet in einer teleologischen, systematischen und historischen Auslegung beider Vorschriften keine Stütze und geht im Grunde ebenfalls von den Begriffen "Auslegung" und "Gestaltung" aus.

Ändert sich der sozialetische Wertmaßstab von Treu und Glauben inhaltlich nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses, ist zu fragen, wie und ob der Schuldner unter den veränderten Umständen zu leisten hat. Dies scheint für § 242 BGB als rechtliche Grundlage zu sprechen. Wie und ob der Schuldner zu leisten hat, ergibt sich aus dem Inhalt seiner Leistungspflicht. Die Frage nach dem Inhalt eines Rechtsgeschäfts ist durch Auslegung zu beantworten. Dies scheint die Anwendung des § 157 BGB erforderlich zu machen. Da insoweit eine eindeutige, für alle Fälle zutreffende Abgrenzung zwischen § 157 und § 242 BGB nicht möglich ist, bilden beide Vorschriften nebeneinander die Rechtsgrundlage, den veränderten Maßstab von Treu und Glauben auf ein bestehendes Rechtsgeschäft anzuwenden.

Bei der Beurteilung eines Rechtsgeschäfts nach einem inhaltlich veränderten Maßstab von Treu und Glauben handelt es sich um Auslegung in dem Sinn, daß nicht nur der ursprüngliche Inhalt, sondern das Rechtsgeschäft zugleich nach gegenwärtigen Maßstäben gewertet wird. Kognitives und wertendes Moment der

1) AP § 43 III 2 d.

juristischen Auslegung treffen hier zusammen. Auch der allgemeine Sprachgebrauch begreift die Tätigkeit des Richters, der ein Rechtsgeschäft nach Treu und Glauben wertet, als Auslegung.¹⁾

Als Vertragsinhalt kann nur gelten, was den Anforderungen von Treu und Glauben entspricht.²⁾ Ändert sich der Maßstab von Treu und Glauben, ändert sich insoweit auch der Inhalt des Rechtsgeschäfts. Dies zeigt auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes in § 359 des ersten Entwurfs zum BGB. Der Satz, mit der Abgabe einer Willenserklärung stehe ihr Inhalt fest³⁾, ist deshalb in dieser Absolutheit nicht richtig.

Wer ein Recht geltend macht, das zur Zeit seiner Entstehung Treu und Glauben entsprach, heute aber diesem Maßstab widerspricht, übt ein Recht unzulässigerweise aus. Nach der von der h.M.⁴⁾ vertretenen "Innentheorie" ergibt sich die Beschränkung eines Rechts aus dem Recht selbst. Das Recht trage seine Grenzen in sich. Der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben, der den Rechtsinhalt bestimme, begrenze ihn zugleich. Eine Änderung des Maßstabs von Treu und Glauben wirkt für und gegen beide Vertragspartner und kann damit den Anspruchsinhalt auch zugunsten des Gläubigers ändern, also auch erweitern.⁵⁾

Die Innentheorie ist mit der Maßgabe zu billigen, daß der veränderte Inhalt des Rechts im Prozeß von Amts wegen zu beachten ist.⁶⁾ Soweit der Grundsatz von Treu und Glauben als Kriteri-

1) Vgl. Protokolle bei Mugdan II, 522.

2) Vgl. Protokolle, a.a.O.

3) Vgl. Soergel-Hefermehl, § 130 Anm. 26; BGH LM BGB § 133 (B) Nr. 7.

4) Esser, Schuldrecht (2. Aufl.), § 34, 8; Palandt-Danckelmann, § 242 Anm. 1b; Enneccerus-Nipperdey, § 239 III, Anm. 21; Soergel-Siebert (9. Aufl.), vor § 226 Anm. 12, § 242 Anm. 115; vgl. Staudinger-Weber, § 242 Anm. D 28 mit umfangreichen Nachweisen, zur sogenannten Außentheorie Anm. D 24 f. m.N.

5) Vgl. Palandt-Danckelmann, § 242 Anm. 1b.

6) Enneccerus-Nipperdey, § 229 III; Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., § 34, 8; Larenz, Schuldrecht I, § 10 III; Soergel-Siebert (9. Aufl.), § 242 Anm. 121; vgl. Staudinger-Weber, § 242 Anm. D 59 m.N.

um der Auslegung eines Rechtsgeschäfts dient, bestimmt er den Inhalt eines Rechts. Im Gegensatz zur Verkehrssitte sind Treu und Glauben der Willensherrschaft der Parteien insoweit entzogen, als die Parteien keine gegen Treu und Glauben verstoßende Vereinbarung treffen können, die rechtlich durchsetzbar wäre. Daraus folgt, daß bereits materiell-rechtlich dem Gläubiger ein gegen Treu und Glauben verstoßendes Recht nicht zusteht und im Prozeß eine dahingehende Einrede des Schuldners nicht erforderlich ist.

Eine inhaltliche Änderung des Maßstabs von Treu und Glauben beeinflusst somit unmittelbar auch den Inhalt eines bereits bestehenden Rechtsgeschäfts. Der geänderte Rechtsinhalt ist durch eine auf die §§ 157 und 242 BGB gestützte Auslegung zu ermitteln.

4. Teil: Die Auslegung des Rechtsgeschäfts nach der Verkehrssitte

I. Die Sitte in soziologischer Sicht

Die Verkehrssitte bildet neben dem Parteiwillen und Treu und Glauben das dritte maßgebende Kriterium für die Auslegung von Rechtsgeschäften. Das Gesetz nimmt in den §§ 157 und 242 BGB mit der Verkehrssitte auf Maßstäbe Bezug, die innerhalb und außerhalb der unmittelbaren Rechtssphäre liegen. Im wesentlichen gehört die Verkehrssitte zu dem Bereich einer sozialen Normenordnung, die in einem undifferenzierten Sinn als Brauch oder Sitte zu bezeichnen ist.¹⁾

Menschen, die innerhalb einer Gruppe zusammenleben, verhalten sich in wiederkehrenden gleichen Situationen regelmäßig in der gleichen Weise. Ihre Verhaltensweise entspricht einer Gewohnheit der Gruppe. Es gibt soziale Gewohnheiten, deren Befolgung dem einzelnen freigestellt ist. Bei anderen Gewohnheiten dagegen löst ein gewohnheitswidriges Verhalten eine mißbilligende

1) Henkel, S.115; Erman-Hefermehl, § 157 Anm.3.

oder sogar repressiv soziale Reaktion aus. In diesem Bereich der Sitte im engeren Sinn tritt zu dem Merkmal der tatsächlichen Übung des Verhaltens das normative Element, daß die Gruppe die Verhaltenserwartung gegenüber dem einzelnen mit einem Sollen verknüpft und damit zu einem Anspruch auf konformistisches Verhalten erhebt.¹⁾ Hat sich ein bestimmtes Gebarensmodell durch Reaktion der Gruppe auf ein abweichendes Verhalten als verbindlich manifestiert, liegt eine subsistente soziale Norm - die Sitte - vor. Die Erfahrung, daß erwartungsgemäßes Verhalten die soziale Billigung findet, nonkonformistisches Verhalten dagegen eine soziale Reaktion auslöst, findet ihren Ausdruck in einem deklarativen Normsatz, der Sittenregel.²⁾

Theodor Geiger³⁾ läßt von seinem wert nihilistischen Standpunkt aus bewußt die Frage offen, warum einzelne, habituell entstandene Gebarensmodelle zur Norm erhoben werden, andere dagegen nicht. Ihering⁴⁾ sieht den Grund für die Entstehung sittlicher Normen in dem unterschiedlichen Interesse. Liege ein bestimmtes Verhalten lediglich im Interesse des Handelnden, sei nur eine Gewohnheit gegeben. Bei einer zur Sittenregel erhobenen Gewohnheit stehe nicht nur das eigene Interesse des Handelnden, sondern auch oder vielleicht ausschließlich das Interesse Dritter oder der Allgemeinheit auf dem Spiel. Diese "Interessenverkettung" bilde den Grundzug des gesellschaftlichen Lebens. Das "Postulat des gesellschaftlichen Handelns" mache das Wesen der Sitte im Gegensatz zur Gewohnheit aus.

Dieses Motiv der sozialen Nützlichkeit mag für die Entstehung gewisser Sittenregeln vorherrschend sein. Doch gibt es daneben

1) Henkel, S.117; Geiger, Vorstudien, S.114 ff.

2) Geiger, a.a.O., S.121.

3) a.a.O., S.120.

4) Der Zweck im Recht, 5.Aufl.1916, Bd.II, S.191 f.

andere Gründe, die bis zu metaphysischen Anschauungen reichen und keineswegs rational deutbar sind. Tradition und Mentalität der jeweiligen Gruppe spielen eine weitere Rolle. Stellt man speziell auf die Verkehrssitte ab, steht eine "allgemeine Ordnungstendenz der Gruppe" ¹⁾ im Vordergrund, die mit genormten Verhaltensweisen die sozialen Geschehensabläufe berechenbar und sicher machen will. Gerade innerhalb wirtschaftlicher Sozialbeziehungen, bei denen die Partner aufeinander angewiesen sind, besteht die Erwartung normgemäßen Verhaltens. Indem die Sittenordnung die Durchschnittsauffassung der Interessenten anerkennt, stellt sie auf ein generelles Merkmal ab, das im wesentlichen faktischer Art ist. ²⁾ Die Sittenordnung ragt jedoch aus dem Bereich des rein Faktischen dadurch heraus, daß in ihr Werttendenzen mitschwingen, die Ausdruck eines geistigen Seins der Gruppe sind. Allein dadurch, daß ein faktisches Gebarensmodell sich einspielt, wird eine Gewohnheit nicht zur sittlichen Norm. Es muß eine geistige und willensmäßige Leistung der Gruppe hinzukommen, die eine als wertvoll erkannte Normvorstellung erzeugt und bei einer Zuwiderhandlung die soziale Reaktion auslöst. ³⁾

II. Sitte und Recht

Es würde den Rahmen der Untersuchung sprengen, das Verhältnis von Recht und Sitte grundsätzlich klären zu wollen. ⁴⁾

Nur die für eine Auslegung von Rechtsgeschäften wichtigen Strukturübereinstimmungen, Unterschiede und die Wechselwirkung zwischen Recht und Sitte sollen kurz angedeutet werden.

Recht und Sitte sind übereinstimmend soziale Ordnungen, die mit einer Menschengruppe verbunden sind und damit deren geschichtlichem Schicksal, dem Wandel und der Vergänglichkeit unterliegen. Sie stimmen überein in dem Anspruch, als Norm zu

1) Henkel, S.118.

2) Max Weber, Rechtssoziologie, S.279.

3) Vgl. Henkel, S.118 f.; v.Godin, in RGR Komm.zum HGB, § 346 Anm.2, S.21.

4) Vgl. Henkel, S.119; Radbruch, S.142 ff.

gelten, und gelten doch zugleich faktisch, indem sie üblicherweise befolgt werden.¹⁾

Der wesentliche Unterschied zwischen Recht und Sitte ergibt sich im Fall einer Normübertretung. Die Rechtsverletzung führt unmittelbar zu einer mehr oder weniger bestimmten Rechtsfolge, die Verletzung der Sitte löst dagegen eine unbestimmte Reaktion der Gruppe aus, die außer einer Mißbilligung zunächst ungewiß läßt, welche weiteren Folgerungen die Gruppe ziehen wird.²⁾ Dieser soziale Druck kann jedoch mindestens ebenso stark sein wie der Zwang, eine Rechtsnorm zu befolgen.

Der für die Auslegung entscheidendste Punkt ist die Wechselwirkung zwischen Recht und Sitte, die dadurch möglich wird, daß beide Bereiche weder voneinander getrennt sind noch gegenseitlich und funktionell einander decken.³⁾

Eine Sitte kann zur Rechtsbildung führen, indem sie sich zu Gewohnheitsrecht entwickelt. Die gesellschaftliche Reaktion wird durch die organisierte Sanktion der Rechtsgemeinschaft ergänzt. Diesem Prozeß der Verrechtlichung von Sitten steht der Rückgriff des Rechts auf die Sitte gegenüber, durch die eine nicht bis in alle Einzelheiten mögliche Kodifikation ergänzt wird. Da Recht und Sitte nicht beziehungslos nebeneinander stehen, vielfach das eine sogar die Wurzel des anderen bildet, ist es angebracht, auf ein in der Sitte herrschendes Gebarensmodell zurückzugreifen, wenn das Recht eine Situation nicht normativ geregelt hat. Das Recht hält sich durch Generalklauseln, die auf die Sitte verweisen, die Möglichkeit offen, neue Situationen auch rechtlich den im Sozialleben herrschenden Verhaltensweisen anzupassen.

Durch die Generalklauseln dringen materielle Rechtsprinzipien in ein Kodifikationssystem ein, die nicht axiomatisch einge-

1) Henkel, S.121 f.

2) Henkel, S.124.

3) Vgl. Henkel, S.125.

baut sind. Esser ¹⁾ weist mit Recht darauf hin, daß hiermit in Wirklichkeit dem Richter die Normgestaltung unter dem Gesichtspunkt nicht kodifizierter Wertprinzipien und mit der nur von den Gerichten selbst kontrollierten Bindung an außergesetzliche, aber doch "objektive" Maßstäbe wie die Verkehrssitte und Treu und Glauben überlassen werde.

III. Begriff und rechtliche Bedeutung der Verkehrssitte

Das BGB verweist in den §§ 157 und 242 auf die Verkehrssitte, das HGB in § 346 auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche, auf die Verkehrssitte des Handels. Die Antwort auf die Frage, ob die Verkehrssitte Bestandteil des Gesetzesrechts oder Mittel zur Gestaltung des Gesetzesinhalts ist ²⁾ hängt davon ab, wie man das Wesen der Verkehrssitte rechtlich qualifiziert.

Die ältere Lehre vertrat zum Teil ³⁾ die Auffassung, die Verkehrssitte sei Gewohnheitsrecht und wirke deshalb schlechthin kraft Gesetzes. Noch heute stehen dieser Ansicht Raiser ⁴⁾ und v. Godin ⁵⁾ nahe, die meinen, praktisch sei die Verkehrssitte nicht vom Gewohnheitsrecht zu unterscheiden.

Ein anderer Teil ⁶⁾ der älteren Lehre war der Ansicht, die

1) Grundsatz und Norm, S.150.

2) Vgl. dazu Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, S.359 ff.; zum Streitstand Nachw. bei Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 155.

3) Danz, Auslegung, S.50 ff.; Wedemeyer, Auslegung, S.31.

4) Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1961, S.82.

5) RGR Komm. zum HGB, § 346 Anm.2.

6) Schneider, Abänderliches Recht und Verkehrssitte, IheringsJ 59,383(390); Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1.Hälfte, 1904, S.78.

Verkehrssitte diene als Erkenntnismittel für den Parteiwillen. Wo die Auslegung eines Rechtsgeschäfts zu keinem eindeutigen Ergebnis führe, sei der Inhalt als gewollt anzusehen, der der Verkehrssitte entspreche.

Nach der h.M.¹⁾ ist die Verkehrssitte die im Verkehr der beteiligten Kreise herrschende tatsächliche Übung. Zu ihrer Entstehung sind ein gewisser Zeitraum, die einheitliche Auffassung aller Beteiligten und eine allgemeine tatsächliche Übung erforderlich. Die Verkehrssitte kann auf einen bestimmten Personenkreis²⁾ und auch örtlich³⁾ beschränkt sein. Sie kann sich im Laufe der Zeit inhaltlich ändern.⁴⁾

Die rechtliche Bedeutung der Verkehrssitte besteht darin, als tatsächliches Moment die Auslegung eines Rechtsgeschäfts zu bestimmen.⁵⁾ Sie ist kein Mittel, den erklärten Parteiwillen zu erforschen, sondern erläutert und ergänzt das Rechtsgeschäft im Sinne des Typischen. Die Parteien brauchen die Geltung der Verkehrssitte nicht ausdrücklich oder stillschweigend zu vereinbaren. Sie gilt kraft gesetzlicher Vorschrift (§§ 157, 242 BGB).⁶⁾ Nach h.M.⁷⁾ ist deshalb nicht einmal

- 1) RGZ 49,157(162); 55,375(377); RG JW 1938,807 Nr.33; BGH LM BGB § 157 (B) Nr.1; Flume, AT II, § 16,3 d; F.Leonhard, AcP 120,14(57); Manigk, Irrtum, S.221; Soergel-Siebert-Knopp, § 157 Anm.31; Staudinger-Coing, § 133 Anm.11; RGRK-Krüger-Nieland, § 157 Anm.13; Palandt-Danckelmann, § 157 Anm.3; Erman-Hefermehl, § 157 Anm.4.
- 2) Soergel-Siebert (9.Aufl.), § 157 Anm.27; Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 148.
- 3) Soergel-Siebert (9.Aufl.), § 157 Anm.28; Staudinger-Weber, a.a.O.
- 4) RGZ 147,1(8); 156,16(20); RG WarnRspr 1914 Nr.324; Staudinger-Weber, a.a.O. m.N.
- 5) Flume, AT II, § 16, 3 d.
- 6) Vgl. Soergel-Siebert (9.Aufl.), § 157 Anm.29.
- 7) RGZ 54,176(182); 69,125(127); 95,242(243); 114,9(12); BGH LM BGB § 157 (B) Nr.1; Soergel-Siebert (9.Aufl.), § 157 Anm.31; Erman-Hefermehl, § 157 Anm.3c; Erman-Westermann, § 133 Anm.7; Staudinger-Coing, § 133 Anm.14; Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 158; RGRK-Krüger-Nieland, § 157 Anm.14; Palandt-Danckelmann, § 133 Anm.4b; § 157 Anm.3; Schlegelberger-Hildebrandt, HGB § 346 Anm.6; Lehmann-Hübner, AT § 3 VI. - Anderer Ansicht ist Larenz (Methode, S.76), der aus Billigkeitserwägungen Kenntnis verlangt. Ein-

notwendig, daß die Parteien die Verkehrssitte kennen. Andererseits untersteht ihre Geltung der Disposition der Parteien, da die Erklärung auch nur einer Partei, sie wolle die Verkehrssitte für den abzuschließenden Vertrag nicht gelten lassen, verhindert, daß der Vertrag mit dem sich aus der Verkehrssitte ergebenden Inhalt zustandekommt.¹⁾

Die h.M. hat die prozessuale Folge, daß die Frage, ob eine Verkehrssitte besteht, zum Gebiet der tatrichterlichen Feststellung gehört.²⁾ Die Beweislast für ihr Bestehen trägt die Partei, die sich auf sie beruft.³⁾ Das Revisionsgericht ist an die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts gebunden und darf selbst insoweit keine Feststellungen treffen.⁴⁾

Die h.M., die eine Verkehrssitte als tatsächliches Moment der Auslegung ansieht, ist den Auffassungen vorzuziehen, die in der Verkehrssitte Gewohnheitsrecht oder ein Erkenntnismittel für den Parteiwillen sehen.

Das Gewohnheitsrecht ist neben dem Gesetzesrecht eine gleichrangige Rechtsquelle. Die Verkehrssitte dagegen ist nur zu berücksichtigen, weil das Gesetz es vorschreibt. Sie ist nicht selbst Rechtsnorm, da die Beteiligten nicht die Überzeugung haben, sie sei geltendes Recht. Dies ist aber für die

7) v.S.157 -Fortsetzung-
schränkend Soergel-Hefermehl, § 133 Anm.19, und Enneccerus-Nipperdey, § 206 III 1, die bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen eine Verkehrssitte nur heranziehen, wenn sie dem Erklärungsgegner bekannt war oder bekannt sein mußte. Davon wird man aber bei allgemeinen Verkehrssitten in der Regel ausgehen können.

1) RGZ 114,9(12); BGHZ 6,127(135); BGH BB 1956,868; BGH LM BGB § 157 (B) Nr.1; Soergel-Siebert (9.Aufl.), § 157 Anm. 32; RGRK-Krüger-Nieland, § 157 Anm.14; Enneccerus-Nipperdey, § 206 III 1; Lange, AT § 7 IV 3; Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 159.

2) BGH LM BGB § 157 (B) Nr.1; Wieczorek, § 549 Anm. H II c; Staudinger-Coing, § 133 Anm.13; Soergel-Siebert (9.Aufl.), § 157 Anm.35.

3) BGH LM HGB § 346 (F) Nr.1.

4) § 561 ZPO.

Bildung von Gewohnheitsrecht erforderlich¹⁾, auch wenn es von den Beteiligten nicht als zwingend, sondern als dispositiv angesehen wird und vertraglich ausgeschlossen werden kann.

Sieht man die Verkehrssitte als Erkenntnismittel für den Parteiwillen an, muß man die Kenntnis der Parteien verlangen, um sie berücksichtigen zu können.²⁾ Damit aber würde die gesetzliche Verweisung gerade in den Fällen versagen, für die sie besonders wichtig ist. Die Sicherheit des Rechtsverkehrs verlangt, daß objektive Maßstäbe ein Rechtsgeschäft ergänzen, soweit die Parteien eine unklare oder unvollständige Regelung getroffen haben. Würde man in diesen Fällen Kenntnis der Parteien von einer Verkehrssitte verlangen, bliebe § 157 BGB in den meisten Fällen unanwendbar, ganz abgesehen von der prozessualen Schwierigkeit, daß eine Partei die ihr ungünstige Verkehrssitte für das Rechtsgeschäft dadurch zu Fall bringen könnte, daß sie ihre Kenntnis leugnet.

Dieser Schwierigkeit wird die h.M. gerecht, indem sie allein an die objektive Existenz einer Verkehrssitte anknüpft. Die Vorschriften der §§ 157 und 242 BGB machen die Verkehrssitte nicht zu einem Rechtssatz. Die Verkehrssitte selbst kann deshalb unmittelbar keine Rechtsverhältnisse ordnen. Sie ergänzt jedoch den Gesetzesinhalt entsprechend der sozialen Übung und bestimmt damit mittelbar über die gesetzliche Auslegungsnorm den Inhalt der Rechtsgeschäfte. Es ist jedoch erforderlich, die h.M. in einem wichtigen Punkt klarzustellen.

Die Verkehrssitte ist keine reine Tatsache, ebenso wie Treu und Glauben nicht einen reinen Rechtsbegriff darstellen. Bei Treu und Glauben war zu unterscheiden zwischen der im tat-

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 206 III 1; Staudinger-Coing, § 133 Anm.12; Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 155.
2) Vgl. Schneider, IheringsJ 59,383(390).

sächlichen Bereich liegenden Existenz bestimmter Anschauungen aller billig und gerecht Denkenden und der Wertung, daß diese Anschauung einen sozialetischen Wert abgebe. Bei Treu und Glauben stand diese dem rechtlichen Bereich zugehörige Wertung im Vordergrund. Die Verkehrssitte dagegen enthält primär das faktische Moment, daß eine bestimmte Übung tatsächlich besteht. Diese Übung ist jedoch gleichzeitig Ausdruck einer bestimmten Werthaltung der beteiligten Kreise.

Wenn das Gesetz auf Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verweist, will es den Interpreten anhalten, sein eigenes rechtsethisches Urteil an einem für andere nachprüfbaren Maßstab zu orientieren. Die Verkehrssitte wird damit zu einem Erkenntnismittel für das, was als objektive Wertanforderung anerkannt ist.

Die Verkehrssitte gehört zu den normativen Begriffen, die ihrem Sinngehalt nach keine weitere Rechtsnorm voraussetzen, sondern bei denen Normativität "Wertausfüllungsbedürftigkeit" bedeutet.¹⁾ Sie setzt eine Wertung des Interpreten voraus, die nicht unbedingt eine höchstpersönliche sein muß. Primär ist sie eine Sache der Erkenntnis, da der Interpret festzustellen hat, welche Anschauungen der Sitte tatsächlich gelten. Seine eigene Wertung ist nur Bestandteil des Erkenntnismaterials, nicht letztgültiger Erkenntnismaßstab.²⁾ Insoweit handelt es sich bei der Verkehrssitte um einen "objektiv-normativen" Begriff. Objektiv-normative Begriffe haben gegenüber deskriptiven Begriffen den Vorzug, daß sie mit den Wertungen, auf die sie Bezug nehmen, sich dem etwaigen Wandel der Wertanschauungen elastisch anpassen können.³⁾

Andererseits kann die Verkehrssitte rechtlich nur insoweit maßgebend sein, wie sie ein adäquater Ausdruck dieser Wert-

1) Vgl. zu dieser Unterscheidung normativer Begriffe Engisch, Einführung, S.123.

2) Engisch, Einführung, S.126.

3) Engisch, a.a.O.

anforderung ist.¹⁾ Eine in bestimmten Kreisen bestehende Verkehrssitte ist dann unbeachtlich, wenn sie sich über die für ein menschliches Zusammenleben geltenden sittlichen Grundsätze hinwegsetzt, die im allgemeinen Rechtsbewußtsein lebendig sind.²⁾ Ebenso ist eine Verkehrssitte rechtlich wirkungslos, wenn sie eine Partei in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise einseitig begünstigt oder zur Unsicherheit des geschäftlichen Verkehrs führt.³⁾ Nicht die Verkehrssitte schlechthin, sondern nur die "gute" Sitte des Verkehrs ist beachtlich. Insoweit verlangt der objektiv-normative Begriff Verkehrssitte eine subjektiv-persönliche Wertung des Interpreten. Die rein objektive Erkenntnis, welche tatsächliche Übung im Sozialleben herrscht, besagt noch nicht, welche rechtliche Folgerung für das konkrete Rechtsgeschäft daraus zu ziehen ist. Das tatsächliche Moment ist durch eine doppelte Wertung des Interpreten in ein rechtliches Moment umzusetzen. Der Richter stellt objektiv fest, ob unter den Beteiligten eine bestimmte tatsächliche Übung von gewisser Dauer besteht; er wertet sodann, daß es sich bei Erfüllung dieser Voraussetzungen um eine Verkehrssitte handelt und welche rechtlichen Folgerungen sich daraus für das auszulegende Rechtsgeschäft ergeben. Nicht nur die Verkehrssitte selbst enthält ein Wertmoment, sondern ebenso ihre konkrete rechtliche Anwendung. Eine Verkehrssitte kann, rechtlich gesehen, eine Verkehrsunsitte darstellen. Soziologisch ist nicht nur das als Verkehrssitte anzusehen, was im Kreise "anständiger" Menschen geübt und gedacht wird. Diese Fälle hat der Richter auf der zweiten Wertungsstufe auszuscheiden.

IV. Der maßgebende Zeitpunkt für die Verkehrssitte

Die Unterscheidung zwischen Tatsachenfeststellung und Wertung ist entscheidend dafür, welcher Zeitpunkt für die Bestimmung

1) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S.219.

2) BGHZ 30,7(15).

3) RGZ 101,74(75); 103,146(147 f.); 112,317(321); 114,9(13); 125,76(79); BGHZ 16,4(12); Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 162.

der Verkehrssitte im Hinblick auf ein Rechtsgeschäft maßgebend ist.

A. Die h.M.¹⁾ hält bei einseitigen Rechtsgeschäften den Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung, bei zweiseitigen Rechtsgeschäften den Zeitpunkt des Vertragsschlusses für maßgebend. Eine Verkehrssitte, die sich nach diesem Zeitpunkt geändert habe oder erst entstanden sei, könne nicht zur Auslegung²⁾ des früher liegenden Rechtsgeschäfts verwertet werden. Sie komme nur nach § 242 BGB für eine Vertragsergänzung oder für die Bestimmung der Art und Weise einer geschuldeten Leistung in Betracht.³⁾ Nur wenn die Verkehrssitte sich auf die Art der Leistung beziehe und diese erst in der Zukunft zu erbringen sei, sieht F.Leonhard⁴⁾ hierfür die zur Zeit der Leistung geltende Sitte als maßgebend an.

B. Untersucht man diese Grundsätze an einem in der Rechtsprechung⁵⁾ bereits mehrfach entschiedenen Fall und seinen Abwandlungen, so zeigt sich, daß die h.M. das in der Verkehrssitte selbst enthaltene Wertmoment und auch die bei ihrer Anwendung zu vollziehende Wertung weitgehend außer acht läßt.

1. Der Kläger hat von dem Beklagten Geschäftsräume gemietet. Der Mietvertrag enthält keine Vereinbarung, ob der Mieter berechtigt ist, an der Außenwand der Mieträume Lichtreklame anzubringen.

-
- 1) RGZ 14842(48); RG JW 1938,869 Nr.12; F.Leonhard, AcP 120, 14(62); Erman-Westermann, § 133 Anm.7; Erman-Hefermehl, § 157 Anm. 3c; Staudinger-Coing, § 133 Anm.14; Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 161; RGRK-Krüger-Nieland, § 157 Anm.13; Palandt-Danckelmann, § 133 Anm. 4b und § 157 Anm.3; Oertmann, Verkehrssitte, S.419; vgl. ALR 1.Teil,4.Titel,S.66.
 - 2) Das RG (JW 1938,859 Nr.12) spricht von "eigentlicher" Auslegung.
 - 3) RG JW 1938,859 Nr.12; RGZ 150,153(154 f.); Erman-Hefermehl, § 157 Anm. 3 c; RGRK-Krüger-Nieland, § 157 Anm.13; Palandt-Danckelmann, § 157 Anm.3.
 - 4) AcP 120,44(62).
 - 5) RGZ 80,281; BGH LM BGB § 157 (B) Nr.1; BGH BB 1957,382; OLG Düsseldorf NJW 1958,1094.

a) Besteht zur Zeit des Vertragsschlusses eine örtliche Verkehrssitte, nach der ein Mieter berechtigt ist, die Außenwände der Geschäftsräume zu Reklamezwecken zu nutzen, ist der Klage stattzugeben. Gemäß § 157 BGB ist der Mietvertrag nach der bestehenden Verkehrssitte so auszulegen, daß der Mieter das Recht hat, Lichtreklame anzubringen.

b) Problematisch wird der Fall, wenn die Verkehrssitte erst nach Vertragsschluß entsteht. Die h.M. lehnt eine Auslegung des Mietvertrags nach der später entstandenen Verkehrssitte ab. Mietet jetzt ein zweiter Mieter in demselben Haus weitere Geschäftsräume, ist er berechtigt, nach der zur Zeit seines Vertragsschlusses bestehenden Verkehrssitte eine Lichtreklame anzubringen. Soll dem früheren Mieter dies aber verwehrt sein?

Für den Kläger als ersten Mieter handelt es sich um eine sekundäre Vertragslücke, die erst auf Grund einer späteren Veränderung der Verhältnisse eingetreten ist. Entzieht sich die Entstehung der Verkehrssitte infolge einer Veränderung der allgemeinen Verhältnisse einer Beurteilung nach dem Vertragswillen, müßte die von der h.M. auf den hypothetischen Parteiwillen gestützte ergänzende Vertragsauslegung versagen.¹⁾ Dieses Ergebnis wäre vor allem mit Rücksicht auf das weitergehende Recht des Nachbarmieteters nicht interessengemäß. Selbst wenn man annimmt, daß der Nachbarmieter wegen des erweiterten Gebrauchs einen höheren Mietzins bezahlt, wäre dieses Ergebnis nicht interessengemäß. Denn der erste Mieter könnte sein Verlangen, ebenfalls eine Lichtreklame anbringen zu dürfen, auch dann nicht rechtlich durchsetzen, wenn er dem Vermieter einen entsprechend höheren Mietzins anbietet.

Die h.M. könnte in diesem Fall dem ersten Mieter das Recht, eine Lichtreklame anzubringen, nur gemäß § 242 BGB zubilligen, wenn sie die dahingehende Duldung des Beklagten als Art und Weise seiner Vermieterleistung auffassen würde. Hier entsteht

1) Vgl. BGHZ 23,282 ff.

die gleiche Frage wie bei Treu und Glauben, ob eine Erweiterung des Vertragsinhalts im Hinblick auf den Leistungsgrund oder nur eine Änderung der Art und Weise der Leistung vorliegt. Die Art und Weise, wie ein Vermieter dem Mieter die Räume zu überlassen hat, ist davon zu unterscheiden, ob auch die Außenwände für eine Lichtreklame mitvermietet sind. Die Frage nach dem "Ob" deutet auf den Leistungsgrund hin. Eine Pflicht des Vermieters zu dulden, daß der Mieter eine Lichtreklame anbringt, läßt sich nur durch eine inhaltliche Erweiterung seiner Vermieterpflichten begründen. Die neu entstandene Verkehrssitte erweitert den Gegenstand des Vertrags, der bisher nur aus den Mieträumen als solchen bestand, nunmehr aber auch die Außenwände umfaßt. Dies geht über die Art und Weise der ursprünglichen Leistung hinaus.

Wenn die h.M. eine Verkehrssitte zur Auslegung eines Rechtsgeschäfts nur dann heranziehen will, wenn sie bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestanden hat, läßt sie außer acht, daß ein gegenwärtiger Interessenkonflikt die normative Auslegung notwendig macht. Bei der Entscheidung des Interessenkonflikts kommt es primär darauf an, welche Rechte und Pflichten sich gegenwärtig aus dem Vertrag für die Parteien ergeben. Dahinter tritt der Inhalt, den ein Vertrag im Zeitpunkt seines Abschlusses besaß, als sekundär zurück. Die Funktion wertausfüllungsbedürftiger, normativer Begriffe besteht zu einem wesentlichen Teil darin, den Wandel außerrechtlicher Bewertungen für die Rechtspraxis nutzbar zu machen.¹⁾ Dies gilt nicht nur in dem Sinn, daß ein Wandel außerrechtlicher Bewertungen in eine abgeschlossene gesetzliche Kodifikation Eingang findet, sondern auch mit der Maßgabe, daß ein privatautonom gestaltetes Rechtsverhältnis für die gesamte Dauer seiner Geltung der jeweiligen außerrechtlichen Bewertung unterliegt.

Eine Verkehrssitte wirkt ebenso wie Treu und Glauben ²⁾ inhalt-

1) Vgl. Engisch, Einführung, S.125.

2) Vgl. oben S.147 ff. Auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen, um Wiederholungen zu vermeiden.

lich auf den abzuschließenden, aber auch auf den bestehenden Vertrag ein. Sie gibt als normatives Element dem bestehenden Vertrag einen neuen, eingeschränkten oder erweiterten Inhalt.¹⁾ Die Verbindlichkeit der Verkehrssitte beruht auf der gesetzlichen Bestimmung in den §§ 157 und 242 BGB, nicht auf einer stillschweigenden oder vermuteten Willensübereinstimmung der Parteien. Daraus folgt, daß eine Änderung der Verkehrssitte auch ohne Zutun der Parteien den Vertragsinhalt beeinflußt. Das Gesetz will durch Bezugnahme auf die Verkehrssitte die Erwartung normgemäßen Verhaltens im Sozialleben für die praktische Rechtsanwendung nutzbar machen. Das Sozialleben erwartet ein normgemäßes Verhalten nicht nur zur Zeit des Vertragsschlusses, sondern auch später. Ändern sich die Normen der Verkehrssitte, würde es Sinn und Zweck des Gesetzes widersprechen, einen Vertrag mit dem Inhalt fortbestehen zu lassen, der sich aus nunmehr ungültigen Normen ergibt. Das Gesetz verfolgt mit der Verweisung auf die Verkehrssitte den weiteren Zweck, gesetzlich nicht geregelte Situationen den im Sozialleben herrschenden Anschauungen anzupassen. Dieser Zweck würde unvollkommen erreicht, wenn die Verkehrssitte nur beim Abschluß eines Vertrags den Inhalt bestimmen, später aber lediglich die Art und Weise einer bestehenden Leistungspflicht beeinflussen könnte. Der Inhalt eines Rechtsgeschäfts ergibt sich, soweit er nicht von den Parteien bestimmt ist, aus der Auffassung des redlichen Verkehrs. Eine solche Auffassung kann sich bei unvorhergesehenen Ereignissen vielfach erst nach dem Vertragsschluß bilden.²⁾ Das in der Verkehrssitte selbst enthaltene Wertmoment und die in ihrer konkreten Anwendung liegende Wertung eröffnen damit die Möglichkeit, einen Vertrag auch an

1) Vgl. Ph.Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, S.19: "Der Inhalt der geschuldeten Leistung ergibt sich für jeden Einzelfall aus der konkreten Sachlage, der Gesamtheit der Gesetzesvorschriften und aus der Ergänzung nach § 242."

2) Vgl. RG WarnRspr 1916 Nr.69.

einer späteren Verkehrssitte zu messen. Sinn und Zweck einer derartigen Wertung des Rechtsgeschäfts an Hand außerrechtlicher Maßstäbe verbieten es, sie davon abhängig zu machen, ob die Veränderung der allgemeinen Verhältnisse sich noch nach dem Parteiwillen beurteilen läßt.¹⁾

Bei Vertragsschluß kann jede der Parteien durch ihren erkennbar geäußerten Willen verhindern, daß eine Verkehrssitte Vertragsinhalt wird. Es fragt sich, ob dieser Widerspruch auch dann noch möglich ist, wenn der Vertrag bereits abgeschlossen ist und eine Partei die geänderte oder neu entstandene Verkehrssitte nicht gegen sich gelten lassen will.

Es ist davon auszugehen, daß ein bestehender Vertrag grundsätzlich der einseitigen Einwirkung einer Partei entzogen ist. Wenn die Parteien einen Punkt, für den eine Verkehrssitte besteht, sich ändert oder neu entsteht, in ihrer Vereinbarung nicht geregelt haben, greift die Verkehrssitte kraft Gesetzes als Vertragsinhalt ein. Die Verkehrssicherheit erfordert, daß nicht eine Partei jetzt noch den bereits rechtlich relevant gewordenen Vertragsinhalt wieder aufheben kann.

Das gleiche Problem taucht bei der Frage auf, ob eine Partei ihre Willenserklärung anfechten kann, wenn die normierende Kraft der Verkehrssitte einem typischen Verhalten einen bestimmten Erklärungswert beimißt, der mit dem Individualwillen nicht übereinstimmt.

Zum Teil ²⁾ wird die Auffassung vertreten, daß eine Partei ihre Willenserklärung unter den Voraussetzungen des § 119 BGB wegen Inhaltsirrtums anfechten könne, wenn sie bei Vertrags-

- 1) Diese in BGHZ 23,282 ff. aufgestellte Voraussetzung geht auf die hier abgelehnte Auffassung zurück, eine ergänzende Auslegung habe von einem hypothetischen Parteiwillen auszugehen.
- 2) RG JW 1926,1325 Nr.1; RGZ 103,401(405); Staudinger-Coing, § 133 Anm.16; ähnlich Würdinger in RGR Komm. zum HGB, 2. Aufl. 1953, Allg.Einl. vor § 1 Anm.25, der bei Handelsbräuchen, die der Auslegung der Erklärung dienen, die Anfechtung zuläßt, nicht aber bei Handelsbräuchen, die den Inhalt der Leistung bestimmen - eine Unterscheidung, die auf eine dogmatische Trennung von § 157 und § 242 BGB zurückgeht.

schluß über eine Verkehrssitte geirrt habe, aus der sich eine von ihrem Willen abweichende Auslegung der Erklärung ergebe.

Nach zutreffender Ansicht ¹⁾ ist die Anfechtung dagegen auszuschließen, wenn es der normierenden Kraft der Verkehrssitte widerspricht, einen Willensmangel geltend zu machen, und der objektive Erklärungswert dem Erklärenden auch unabhängig von seinem Willen unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes im Rechtsverkehr zuzurechnen ist. Die spätere Berücksichtigung des Willensmomentes ist unvereinbar mit dem sich aus dem Zweck der §§ 157 und 242 BGB ergebenden Grundgedanken, daß die Verkehrssitte unabhängig vom Willen der Beteiligten gilt, wenn die Parteien ihre Geltung nicht ausgeschlossen haben.

Ebenso ist nach heute überwiegender Meinung ²⁾ eine Irrtumsanfechtung der an dem Rechtsgeschäft beteiligten Parteien hinsichtlich der Regelung ausgeschlossen, die sich aus einer ergänzenden Auslegung ergibt. Flume ³⁾ weist mit Recht darauf hin, daß die ergänzende Auslegung normativer Natur sei und sich von der erläuternden Auslegung unterscheide, die eine in tatsächlich übereinstimmendem Verständnis getroffene rechtsgeschäftliche Regelung festzustellen suche.

Dieser Überblick zeigt, daß immer dann, wenn normative Elemente den Inhalt eines Rechtsgeschäfts bestimmen, das Willensmoment zurücktritt. Die normative Auslegung des Parteiwillens bleibt dabei im Bereich des Subjektiven, so daß Willensmängel eine Anfechtung begründen können.

- 1) Soergel-Hefermehl, vor § 116 Anm.41; Soergel-Siebert-Knopp, § 157 Anm.40,91; Schlegelberger-Hildebrandt, § 346 HGB Anm.6; v.Godin in RGR Komm. zum HGB, § 346 Anm.2, S.24; Lehmann-Hübner, AT § 3 VI.
- 2) Larenz, AT § 35 I a.E.; Schuldrecht I, § 8 II; anders noch Methode der Auslegung, S.92; Enneccerus-Nipperdey, § 205 II 2 Anm.29; Flume, AT II, § 16, 4c; a.A.: Sandrock, Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, 1966, S.117 ff.
- 3) a.a.O., § 16, 4c.

Die normierende Kraft der Verkehrssitte greift dagegen ohne Rücksicht auf Willensmängel ein, wenn die Parteien sie nicht von Anfang an ausgeschlossen haben; denn insoweit haben die Parteien ihre Willensherrschaft über das Rechtsgeschäft aufgegeben. Die normative Wirkung des Prinzips von Treu und Glauben ist schließlich völlig der Parteiherrschaft entzogen.

Als Ergebnis ist somit festzustellen, daß eine Verkehrssitte, die sich nach Vertragsschluß ändert oder erst neu entsteht, unmittelbar kraft Gesetzes gemäß den §§ 157, 242 BGB den Inhalt eines Vertrags ändert. Die Ermittlung des geänderten Vertragsinhalts ist eine Frage der Auslegung. Ebenso wie bei Treu und Glauben ist für den Inhalt der Verkehrssitte der Zeitpunkt maßgebend, in dem eine Partei ein auf die geänderte oder neue Verkehrssitte zurückgehendes Recht geltend macht. Eine Anfechtung durch die andere Partei ist ausgeschlossen.

In der Abwandlung des Ausgangsfalls steht damit dem Kläger auf Grund des durch die neue Verkehrssitte inhaltlich geänderten Mietvertrags das Recht zu, an der Außenwand der Mieträume eine Lichtreklame anzubringen.

Wenn die Parteien dagegen in den Vertrag die Klausel aufgenommen haben, der Mieter dürfe keine Lichtreklame an der Außenwand anbringen, haben sie damit auch den Fall ausgeschlossen, daß eine später entstehende Verkehrssitte, die dem Mieter dieses Recht zugestehen würde, Vertragsinhalt wird.

Die unterschiedlichen Ergebnisse hängen nicht vom Zufall ab. Entscheidend ist vielmehr, ob die Parteien bei Vertragsschluß die Geltung der Verkehrssitte ausgeschlossen haben oder nicht. Soweit dies nicht der Fall ist, gestaltet die Verkehrssitte die Rechte und Pflichten der Parteien ebenso wie dispositives Gesetzesrecht, das nach Vertragsschluß erst erlassen wird. Sollten hierdurch bei entgeltlichen Verträgen die gegenseitigen Leistungen in ein erhebliches Mßverhältnis geraten, läßt sich das Entgelt entsprechend den Grundsätzen, die zur Änderung der Geschäftsgrundlage entwickelt worden sind, an die

veränderte Gegenleistung anpassen.

C. Macht der Kläger diesen Anspruch in einem Rechtsstreit gegen den Vermieter geltend und ändert sich während der Dauer des Prozesses die Verkehrssitte, hängt der maßgebende Zeitpunkt für ihren Inhalt entscheidend davon ab, ob es sich um eine Tatfrage oder um eine Rechtsfrage handelt. Denn neue Tatsachen können in einem Rechtsstreit nur bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz vorgebracht werden.

Eine derartige Veränderung der Verkehrssitte während eines Prozesses wird zwar selten sein. Gleichwohl soll der Frage wegen ihrer dogmatischen Bedeutung für die Entscheidung eines Rechtsstreits nachgegangen werden.

Wie die vorangegangene Untersuchung gezeigt hat, ist bei der Auslegung eines Rechtsgeschäfts auf Grund der Verkehrssitte zwischen der Tatsachenfeststellung, ob eine bestimmte tatsächliche Übung besteht, und der Rechtsfrage zu unterscheiden, ob sie als Verkehrssitte in Betracht zu ziehen ist und zu welchem Inhalt des Rechtsgeschäfts sie führt.

1. Den Ausgangspunkt bildet der Fall, daß der Kläger gegen den Beklagten den Anspruch einklagt, an der Außenwand der Mieträume eine Lichtreklame anbringen zu dürfen. Im Mietvertrag ist darüber nichts vereinbart. Zur Zeit der Klageerhebung besteht eine entsprechende Verkehrssitte noch nicht.

Entsteht zwischen Klageerhebung und letzter mündlicher Verhandlung in der Tatsacheninstanz eine Verkehrssitte, die den Anspruch des Klägers stützt, so ist der Klage stattzugeben. Grundsätzlich bilden die zur Zeit der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung ¹⁾, im schriftlichen Verfahren die zur Zeit des Verhandlungsschlusses ²⁾ vorgebrachten Tatsachen die Urteilsgrundlage. Maßgebend ist, ob die Klage in diesem Zeit-

1) RGZ 57,47(48).

2) Rosenberg, § 130 II 2.

punkt auf Grund des Tatsachenvortrags materiell begründet ist.¹⁾
Da der Vortrag des Klägers, es sei eine seinen Klageantrag stützende Verkehrssitte entstanden, sich im Rahmen des bisherigen Klagevortrags hält, ihn nur ergänzt, liegt keine Klageänderung vor.²⁾

Da es insoweit nur um die tatsächliche Frage geht, ob eine bestimmte Verkehrssitte besteht, ist der Schluß der mündlichen Tatsachenverhandlung maßgebend, auf die das Urteil ergeht.³⁾

2. Fällt im umgekehrten Fall eine Verkehrssitte zwischen Klageerhebung und letzter mündlicher Tatsachenverhandlung weg, ist die Klage abzuweisen, selbst wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine entsprechende Verkehrssitte bestanden haben sollte. Der Beklagte kann nicht auf Grund einer Verkehrssitte verurteilt werden, die nicht mehr besteht. Das Urteil würde nicht im Einklang mit der derzeit geltenden Rechts- und Sittenordnung stehen.⁴⁾

3. Ändert sich die Verkehrssitte zwischen Tatsachen- und Revisionsinstanz, kann dies für den laufenden Prozeß nicht mehr berücksichtigt werden. Die Frage, ob und mit welchem Inhalt

1) RGZ 97,162(164); 99,172(177).

2) Vgl. Rosenberg, a.a.O.

3) Keine Ausnahme von diesem Grundsatz bildet der Fall, daß der Kläger die Entstehung einer Verkehrssitte zwischen Schluß der mündlichen Verhandlung und Urteilsfällung vorträgt. Das Gericht kann diesen nachträglichen Vortrag unter den Voraussetzungen des § 279 ZPO zulassen und eine neue mündliche Verhandlung anberaumen, die dann den maßgebenden Zeitpunkt bildet.

4) Für die Feststellung eines vergangenen Rechtszustandes besteht in der Regel kein Rechtsschutzinteresse; denn der Prozeß soll über die jetzt bestehenden rechtlichen Beziehungen Gewißheit bringen.

Vgl. Lent-Jauernig, § 63 V.

eine Verkehrssitte besteht, gehört nach h.M.¹⁾ zum Gebiet der irrevisiblen Tatsachenfeststellung. Es ist jedoch schärfer als in dieser allgemeinen Formulierung zwischen Tatsachenfeststellung und rechtlicher Wertung zu unterscheiden.

Engisch²⁾ hält es in vielen Fällen praktisch für unmöglich, bei Generalklauseln, die auf die Verkehrssitte verweisen, die Tatfrage peinlich von der rechtlichen Wertung zu isolieren. Man könne tatsächliche Übung, moralisches Attribut und rechtliche Anerkennung nicht scharf voneinander trennen. Denn als Sitte sehe man von vornherein nur das an, was im Kreise "anständiger" Menschen geübt und gedacht werde, und so bestimme man schon den Erfahrungssatz auf der Grundlage einer durch Wertungen verengten Induktionsbasis. Diese Ansicht läßt sich darauf zurückführen, daß Engisch nicht genügend zwischen der zweifachen Wertung unterscheidet, die eine Anwendung der Verkehrssitte in der Rechtspraxis voraussetzt.³⁾

Henke⁴⁾ bejaht im Gegensatz zu Engisch die logische Trennbarkeit von Tat- und Rechtsfrage bei Anwendung der Verkehrssitte. Es sei eine Rechtsfrage, unter welchen Voraussetzungen überhaupt von einer Verkehrssitte im Sinne einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift gesprochen werden könne, d.h. welche Anforderungen die soziale Wirklichkeit in bezug auf die Häufigkeit und Dauer einer tatsächlichen Übung und die Zustimmung der Beteiligten erfüllen müsse, um rechtlich als Verkehrssitte anerkannt zu werden. In den Bereich der Tatfrage falle dagegen

1) BGHZ 40, 332(334); RG WarnRspr 1919 Nr.131; BGH NJW 1966, 502(503); BGH LM HGB § 346 (F) Nr.1; BGH LM BGB § 157 (B) Nr.1; BGH LM BGB § 284 Nr.1; Wleczorek, ZPO § 549 Anm. H II c; Lehmann-Hübner, AT § 3 VI; Staudinger-Coing, § 133 Anm.13; Soergel-Siebert-Knopp, § 157 Anm.45; Stein-Jonas, ZPO § 549 Anm. II 3, ungenau allerdings § 293 Anm.II, wo die Verkehrssitte als Erfahrungssatz bezeichnet wird; die Verletzung von Erfahrungssätzen aber ist revisibel, Rosenberg, § 140 III 1a.

2) Logische Studien, S.111 ff.

3) Vgl. dazu oben S.161.

4) S.167 f.

die Feststellung einer Übung, ihrer Dauer und der Zustimmung der Beteiligten.

Auch diese Unterscheidung trifft nicht sämtliche Rechtsfragen, die bei Anwendung der Verkehrssitte auf einen konkreten Rechtsfall auftauchen. Die abstrakte Frage, welche Voraussetzungen tatsächlicher Art erfüllt sein müssen, um rechtlich eine Verkehrssitte bejahen zu können, ist von der Wertung des Gerichts zu unterscheiden, daß im konkreten Fall die tatsächlich erfüllten Voraussetzungen rechtlich eine Verkehrssitte darstellen, und der weiteren Wertung, welche Rechtsfolge sich aus der Verkehrssitte ergibt. Wenn das Berufungsgericht die tatsächlichen Umstände einer Verkehrssitte - also Übung, Dauer und Anerkennung - unvollständig ermittelt hat und daraus fehlerhaft die Folgerung zieht, es sei eine Verkehrssitte gegeben, so liegt ein Rechtsfehler vor. Wenn das Berufungsgericht die tatsächlichen Umstände richtig ermittelt hat und trotzdem den Schluß zieht, es liege keine Verkehrssitte vor, ist ebenfalls ein Rechtsfehler auf der ersten Wertungsstufe zu bejahen. Die zweite Rechtsfehlerquelle besteht darin, daß das Gericht unrichtige Rechtsfolgerungen aus der richtig ermittelten Verkehrssitte zieht.

Daraus folgt, daß das Revisionsgericht nicht in jedem Fall an die Feststellung des Berufungsgerichts gebunden ist, es bestehe eine bestimmte Verkehrssitte. Denn diese "Feststellung" enthält als tatsächliche Momente die Übung, die gewisse Dauer und die Anerkennung der Beteiligten sowie als rechtliches Moment die Folgerung, damit bestehe eine Verkehrssitte. Gebunden ist das Revisionsgericht nur insoweit, als das Berufungsgericht Übung, Dauer und Anerkennung festgestellt hat.¹⁾ Da die Wandlung einer Verkehrssitte immer nur darauf zurückzuführen ist, daß eines der drei tatsächlichen Momente sich ändert, darf das Revisionsgericht selbst keine Feststellungen

1) § 561 Abs.2 ZPO.

über die Wandlung einer Verkehrssitte zwischen Berufungs- und Revisionsinstanz treffen.

Ebenso kann das Revisionsgericht nicht berücksichtigen, daß eine Verkehrssitte nach der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz neu entstanden ist. Denn der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegt nur das Parteivorbringen, das aus dem Tatbestand des Berufungsurteils oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist.¹⁾

Da bei der Auslegung eines Rechtsgeschäfts nach der Verkehrssitte im Gegensatz zu Treu und Glauben das tatsächliche Moment im Vordergrund steht, wird die Geltendmachung eines Anspruchs, den der Kläger auf eine geänderte oder nach Vertragsschluß entstandene Verkehrssitte stützt, hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen auf die Tatsacheninstanz beschränkt.

D. Abschließend bleibt noch die Frage zu erörtern, ob die Änderung einer Verkehrssitte, die im Erkenntnisverfahren nicht mehr geltend gemacht werden kann, im Zwangsvollstreckungsverfahren oder in einem neuen Prozeß zu berücksichtigen ist.

1. Für das Zwangsvollstreckungsverfahren taucht die Frage nur in der Form auf, daß eine Verkehrssitte sich zugunsten des verurteilten Schuldners geändert hat. Der Beklagte ist im Ausgangsfall ²⁾ auf Grund einer den Inhalt des Mietvertrags ergänzenden Verkehrssitte verurteilt worden zu dulden, daß der Kläger an der Außenwand der Mieträume eine Lichtreklame anbringt. Die Duldungspflicht des Beklagten bezieht sich nicht nur auf das einmalige Anbringen, sondern auch auf den weiteren Bestand der Lichtreklame. Er muß die Außenwand insoweit in der dauernden tatsächlichen Gewalt des Klägers belassen. Fällt nach dem Urteil die Verkehrssitte weg, entfällt damit

1) § 561 Abs.1 ZPO.

2) Vgl. oben S. 162 f., 168.

ein tatsächlicher Umstand, der nach materiellem Recht für die Verurteilung maßgebend war.

Nach der materiellen Rechtslage im Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung wäre der Beklagte nicht verpflichtet, dem Kläger die Außenwand für eine Lichtreklame zur Verfügung zu stellen. Er kann deshalb gemäß § 767 ZPO mit der sogenannten Vollstreckungsgegenklage gegen den Kläger vorgehen. Diese Klage dient dazu, die Vollstreckungsfähigkeit eines Urteils zu beseitigen. Sie kann aber nur auf solche Gründe gestützt werden, die nach der letzten Tatsachenverhandlung entstanden sind und die im Fall eines Versäumnisurteils durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können. Voraussetzung ist, daß es sich um neu entstandene tatsächliche Gründe handelt. Ein derartiger tatsächlicher Grund ist die Verkehrssitte, bei der als tatsächliches Moment die Übung der beteiligten Kreise im Vordergrund steht.¹⁾ Fällt die Verkehrssitte weg und sind im übrigen die Voraussetzungen des § 767 ZPO erfüllt, kann der Beklagte mit der Vollstreckungsgegenklage erreichen, daß die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Klägers für unzulässig erklärt wird.

2. Wenn der Kläger oder der Beklagte die Entstehung oder Änderung einer Verkehrssitte in einem neuen Prozeß geltend machen will, ergibt sich das Problem, ob die Rechtskraft des im Vorprozeß ergangenen Urteils einer neuen Entscheidung entgegensteht. Die Fallgestaltung ist in der Weise denkbar, daß der Kläger nach rechtskräftiger Abweisung der Klage im Vorprozeß die zweite Klage darauf stützt, inzwischen sei eine seinen Anspruch begründende Verkehrssitte entstanden. Andererseits macht der Beklagte nach rechtskräftiger Verurteilung in einem zweiten Prozeß geltend, inzwischen sei die Verkehrssitte weggefallen, auf der seine Verurteilung materiell beruhe. Deshalb sei er im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht mehr

¹⁾ Vgl. oben S. 170 ff.

verpflichtet, die Außenwand der Mieträume für eine Lichtreklame in der Verfügung des Klägers zu belassen.

Wie bei der Änderung von Treu und Glauben ist auch hier fraglich, welche zeitlichen Grenzen der Rechtskraft zu ziehen sind. Mit der Rechtskraft wird eine bestimmte Rechtslage zwischen den Parteien festgestellt, nicht aber Tatsachen, auch wenn sie der Entscheidung zugrunde liegen. Ein Rechtsfolge kann nicht für alle Zukunft festgelegt werden. Da das Urteil auf dem Tatsachenvortrag der Parteien aufbaut, ist der entscheidende Zeitpunkt der Schluß der letzten Tatsachenverhandlung.¹⁾

Die Rechtskraft eines Urteils steht einer neuen abweichenden Entscheidung dann nicht entgegen, wenn sie durch später eingetretene Tatsachen veranlaßt wird. Die Parteien können deshalb eine neue Klage auch darauf stützen, daß nach der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz des Vorprozesses das festgestellte Recht erloschen oder das verneinte Recht entstanden sei.²⁾

Dieser Grundsatz läßt sich entgegen der von Stein-Jonas³⁾ vertretenen Auffassung nicht dahingehend einschränken, daß die Rechtskraft einem neuen Prozeß dann entgegenstehe, wenn eine Veränderung der dem Urteil zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse eingetreten sei, die den identischen Anspruch nur inhaltlich beeinflusse. Die Rechtskraft wirkt nur insoweit, wie über den Anspruch des Klägers entschieden worden ist. Wurde die erste Klage als unbegründet abgewiesen, da ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal fehlte, kann der Kläger denselben Anspruch in einer späteren Klage mit der Begründung geltend machen, das bisher fehlende anspruchsbegründende Tatbestandsmerkmal sei nunmehr gegeben. Der neue Tatbestand ermöglicht eine neue Klage.⁴⁾

1) Rosenberg, § 150 III 2; Lent-Jauernig, § 63 V.

2) BGHZ 37,375(377); BGH LM ZPO § 322 Nr.4; Rosenberg, a.a.O.; Lent-Jauernig, a.a.O.; Stein-Jonas, ZPO § 322 Anm.VIII 4.

3) a.a.O.

4) BGHZ 35,338(340 f.); 37,373(377).

Umgekehrt kann der verurteilte Beklagte in einem zweiten Prozeß geltend machen, das anspruchsbegründende Tatbestandsmerkmal sei später weggefallen und die festgestellte Rechtsfolge damit ganz oder teilweise erloschen.

Die Verkehrssitte selbst ist kein Tatbestandsmerkmal im Sinne der vorstehenden Ausführungen. Unmittelbar kann ihre Änderung oder Entstehung daher nicht zum Wegfall oder zur Begründung einer Rechtsfolge führen. Die Verkehrssitte bestimmt jedoch als ein tatsächliches Moment der Auslegung den Inhalt eines Rechtsgeschäfts und damit mittelbar das Tatbestandsmerkmal "Rechtsgeschäft". Die Änderung der Verkehrssitte führt zur inhaltlichen Änderung des Rechtsgeschäfts. Da hierbei die tatsächlichen Momente Übung, Dauer und Anerkennung eines Sozialverhaltens vor der daraus zu ziehenden rechtlichen Wertung im Vordergrund stehen, ist es gerechtfertigt, die Änderung der Verkehrssitte als Änderung der tatsächlichen Urteilsgrundlagen anzusehen und daher die Rechtskraft insoweit zu durchbrechen.

Anders als bei der Veränderung in der rechtlichen Auffassung steht die Rechtssicherheit dem nicht entgegen. Die Entscheidung des Gerichts soll möglichst sachgerecht sein. Das Gericht soll aber auch die Rechtssicherheit wahren. Das Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit im Einzelfall kann dazu führen, daß eine Entscheidung im höchsten Maße sachgerecht ist, aber die Rechtssicherheit gefährdet. Umgekehrt kann ein Urteil, das die Rechtssicherheit wahrt, weniger sachgemäß sein.¹⁾ Eine Abwägung für den Fall einer Änderung der Verkehrssitte ergibt, daß ein Wandel der Rechtsauffassung, insbesondere auf Grund der Rechtsprechung, weitaus häufiger vorkommt als eine Änderung der Verkehrssitte, da diese von ihren tatbestandsmäßigen Voraussetzungen her schon ein gewisses statisches Element enthält. Deshalb ist nicht zu be-

1) Vgl. D. Reinicke, JuS 1964, 421(428).

fürchten, daß die mögliche Durchbrechung der Rechtskraft einen zu großen Unsicherheitsfaktor in die Beziehungen der Parteien bringen würde. Auch vom Zweck der Rechtskraft her, dem Streit der Parteien ein Ende zu setzen, ist es gerechtfertigt, eine Änderung der Verkehrssitte in einem neuen Prozeß zu berücksichtigen. Wenn eine Partei auf Grund eines rechtskräftigen Urteils zu einem Verhalten gezwungen wird, das nunmehr im Widerspruch zu der von allen anderen Beteiligten geübten Verkehrssitte steht, gibt dies einen Grund zu fortdauernden Streitigkeiten. Denn der unterlegenen Partei wird in der Regel die von allen geübte Verkehrssitte und ihre damit im Widerspruch stehende Verurteilung stärker bewußt werden als eine Änderung der Rechtsauffassung. Die materielle Gerechtigkeit im Einzelfall verdient deshalb für den Fall der Änderung einer Verkehrssitte den Vorrang gegenüber dem Prinzip der Rechtssicherheit.

Zusammenfassung

Die Untersuchung des Zeitfaktors bei der Auslegung von Rechtsgeschäften geht von einem Vergleich zwischen allgemeiner Hermeneutik und spezifisch juristischer Auslegung aus. Bei der allgemeinen Hermeneutik steht die erkenntnismäßige Aufgabe im Vordergrund, in der Bekundung eines Gedankens den gemeinten Sinn aufzufinden. Die juristische Auslegung geht über dieses auf die Vergangenheit bezogene Moment hinaus. Sie hat die dem Rechtsgeschäft zugrunde liegenden Tatsachen in einen juristisch maßgeblichen Inhalt umzuwerten. Diese Wertung steht unter dem entscheidenden Einfluß einer Abwägung der beteiligten Interessen, um eine in der Gegenwart gerechte Regelung des Rechtsgeschäfts zu finden. Die Auslegung des Rechtsgeschäfts besteht

somit aus einem auf die Vergangenheit bezogenen kognitiven Moment und einem auf die Gegenwart gerichteten Wertungsmoment. Die Auslegung des Rechtsgeschäfts ist weder Tatsacherfeststellung noch Rechtsanwendung allein, sondern vereint als arteigener Bereich beide Momente. Das gegenwartsorientierte Wertungsmoment bildet den methodischen Ansatzpunkt, in die Interessenabwägung auch die Umstände einzubeziehen, die erst nach Abschluß des Rechtsgeschäfts eingetreten sind. Nur so ist eine in der Gegenwart interessengemäße Regelung möglich.

Der Parteiwille, Treu und Glauben sowie die Verkehrssitte bestimmen grundlegend den Inhalt des Rechtsgeschäfts. Der Zeitfaktor spielt bei diesen Kriterien eine unterschiedliche Rolle.

Der Parteiwille als konstitutives Element der Willenserklärung kann den Inhalt des Rechtsgeschäfts so lange bestimmen, wie die alleinige Gestaltungsfreiheit über den Inhalt der Erklärung bei dem Erklärenden liegt. Ein Vergleich der Interessen des Erklärenden und der von der Erklärung betroffenen Personen zeigt, daß dies grundsätzlich der Zeitpunkt ist, in dem der Erklärende sein Widerrufsrecht verliert. Bis zu diesem Zeitpunkt kann der Erklärende rechtstechnisch durch eine Widerrufserklärung den Inhalt der früheren Erklärung beeinflussen. Dies führt bei formbedürftigen Willenserklärungen, insbesondere dem einfachen Testament, unter Umständen dazu, daß der Erklärende durch einen formlosen Widerruf der formgerechten früheren Erklärung einen geänderten Inhalt geben kann, wenn die Funktionen des Formzwangs gewahrt sind. Formvorschriften können ihre Geltung nur so weit beanspruchen, wie ihr Zweck reicht. Der Erblasser kann deshalb durch eine formlose Willenserklärung dem Testament einen neuen Inhalt geben, wenn die geänderte Bedeutung der früheren formgerechten Erklärung entweder objektiv oder nach dem Sprachgebrauch des Erblassers subjektiv zurechenbar ist. Es handelt sich nicht um ein Auslegungs-, sondern um ein Formproblem, wenn man den Willen des

Erblassers nach Errichtung des Testaments berücksichtigen will.

Die erläuternde Auslegung nach dem Parteiwillen hat zwar primär auf den Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung abzustellen. Da jedoch bis zum Verlust des Widerrufsrechts der Parteiwille den Inhalt der Erklärung gestalten kann, ist dieser spätere Zeitpunkt auch für die Auslegung letztlich maßgebend.

Bei der ergänzenden Auslegung des Rechtsgeschäfts ist das gegenwartsorientierte Wertungsmoment allein entscheidend, da sich mit dem auf die Vergangenheit gerichteten kognitiven Moment keine Regelung der Parteien für den nicht vorhergesehenen Umstand finden läßt. Für die ergänzende Auslegung ist deshalb der Zeitpunkt der gegenwärtigen Wertung des Interpreteten maßgebend.

Die Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung ist allein im Hinblick auf Kriterien der Auslegung und der Privatautonomie problematisch. Entscheidend ist die Regelungsbedürftigkeit einer rechtsgeschäftlichen Lücke. Aus der Regelungsbedürftigkeit folgt, daß der privatautonome Wille die nicht vorhergesehene Situation auf der Grundlage der dem Rechtsgeschäft immanenten Teleologie in die Regelung einbezogen haben will.

Ein Formproblem existiert dagegen bei der ergänzenden Auslegung nicht. Sie gibt dem Rechtsgeschäft einen Inhalt, den es nicht von vornherein hatte. Ein solcher Inhalt kann nicht dem Formzwang unterliegen, der nur für den Errichtungsakt des Rechtsgeschäfts besteht.

Treu und Glauben bestimmen als sozialetischer Wertmaßstab den Inhalt eines Rechtsgeschäfts. Dieser Maßstab ist wandelbar wie die Anschauungen einer Gesellschaft über das, was wertvoll ist. Treu und Glauben sind maßgebend für den Inhalt eines Rechtsgeschäfts bei seinem Abschluß, während seiner ge-

samen Dauer und Abwicklung. Ändern sich Treu und Glauben, ändert sich auch der Inhalt des Rechtsgeschäfts. Die Rechtsgrundlage ist in einem Zusammenwirken der §§ 157 und 242 BGB zu sehen.

Maßgebend für den Inhalt von Treu und Glauben und damit für den Inhalt des Rechtsgeschäfts ist der Zeitpunkt, in dem ein Recht geltend gemacht wird, das an Treu und Glauben zu messen ist. Bei einer gerichtlichen Geltendmachung ist dies letztlich der Zeitpunkt des Urteilserlasses.

Die Verkehrssitte ist eine im Verkehr der beteiligten Kreise herrschende tatsächliche Übung. Sie bestimmt als vorwiegend tatsächliches Moment den Inhalt eines Rechtsgeschäfts. Doch ist zu beachten, daß sie ein doppeltes Wertungsmoment insofern enthält, als der Interpret aus dem Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen Übung, Dauer und Anerkennung wertet, es existiere eine bestimmte Verkehrssitte. Hieran schließt sich die weitere Wertung an, die eine Verkehrssitte zu einem bestimmten Inhalt des Rechtsgeschäfts umwertet.

Die Verkehrssitte ist wandelbar. Wenn ihre Geltung von einer oder beiden Parteien nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, bestimmt sie ebenso wie Treu und Glauben den Inhalt eines Rechtsgeschäfts bis zu seiner Abwicklung. Ändert sich die Verkehrssitte, ändert sich auch der Inhalt des Rechtsgeschäfts. Wenn das Gesetz an eine soziale Übung anknüpft, ist es geboten, diese Übung mit dem Inhalt für maßgebend zu erklären, der im Zeitpunkt der Geltendmachung eines auf sie gestützten Rechts bestent. Nur so wird der Interpret der gegenwärtigen Verhaltenserwartung der beteiligten Kreise gerecht. Da eine Änderung der Verkehrssitte in der Regel auf einer Änderung der tatsächlichen Übung beruht, ist bei einer gerichtlichen Geltendmachung für ihren Inhalt der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz maßgebend.

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 22. Januar 1938 als Sohn des kaufmännischen Angestellten Paul Sonnenschein und seiner Ehefrau Mieke geb. Frohn in Solingen geboren.

Nach vierjährigem Besuch der Volksschule und neunjährigem Besuch des Gymnasiums Schwertstraße in Solingen bestand ich am 5. März 1958 die Reifeprüfung.

Eine dreijährige Ausbildung für den gehobenen Dienst der Finanzverwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen schloß ich am 12. April 1961 an der Landesfinanzschule Nordkirchen mit der Laufbahnprüfung ab.

Vom Sommersemester 1961 bis zum Wintersemester 1964/65 studierte ich Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster. Am 3. Juli 1965 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm.

Seit dem 1. März 1966 bin ich im Vorbereitungsdienst für den höheren Justizdienst des Landes Nordrhein-Westfalen.

